



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Silvano Denega Souza

**A emergência da soberania permanente sobre os recursos naturais como *jus cogens* na
ordem jurídica internacional**

Florianópolis

2022

Silvano Denega Souza

**A emergência da soberania permanente sobre os recursos naturais como *jus cogens* na
ordem jurídica internacional**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Joana Stelzer.

Florianópolis

2022

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

Denega Souza, Silvano

A emergência da soberania permanente sobre os recursos naturais como jus cogens na ordem jurídica internacional / Silvano Denega Souza ; orientador, Joana Stelzer, 2022. 296 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Soberania permanente sobre os recursos naturais. 3. Direitos ambientais . 4. Teoria da humanização do direito internacional . 5. Jus cogens. I. Stelzer, Joana. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Silvano Denega Souza

**A emergência da soberania permanente sobre os recursos naturais como *jus cogens* na
ordem jurídica internacional**

O presente trabalho, em nível de doutorado, foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.^a Dr.^a Joana Stelzer – Presidente
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof.^a Dr.^a Cristiane Derani
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof.^a Dr.^a Letícia Albuquerque
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Prof. Dr. Rafael de Miranda Santos
Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão, que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

Prof. Dr. Claudio Macedo de Souza
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof.^a Dr.^a Joana Stelzer
Orientadora

Florianópolis

2022

Aos meus pais e irmãos, pelo eterno apoio e encorajamento para superar limites. À minha esposa, Ana Paula, e à minha filha, Lorena, fontes de amor, força e inspiração.

AGRADECIMENTOS

A escrita de uma tese é um processo duradouro e envolve diversas pessoas, situações, fases da vida, alegrias, obstáculos, momentos de consolo e de perseverança. Por exemplo, no decorrer do doutorado – finalizado com a entrega do presente estudo –, ocorreram os momentos mais felizes de minha vida: o casamento com minha amada esposa, Ana Paula, e o nascimento de nossa filha, Lorena – agora meu objetivo de vida. Juntos, moramos por mais de um ano no exterior – entre Monza e Viena – e enfrentamos o início e o fim de uma pandemia global que marcou indelevelmente a vida de todos no planeta. Foram, definitivamente, quatro anos de importantes acontecimentos.

Uma tese não é escrita individualmente. Fui apoiado por várias pessoas, em momentos diversos – desde a hesitação de iniciar até a hesitação de finalizar –, e os agradecimentos aqui consignados podem não ser suficientes para expressar a gratidão devida àqueles que tanto colaboraram para esta realização.

Agradeço, inicialmente, aos meus pais e irmãos por sempre estarem presentes e por acreditarem que um dia poderia conquistar grandes feitos.

Aos meus queridos amigos Alisson Zeferino, Daniel Fiamoncini e Débora Ferrazzo, tanto pelo inestimável auxílio na pesquisa e na formação da tese quanto pelo incentivo e entusiasmo a cada nova descoberta científica.

Agradeço também à Universidade de Viena (Universität Wien) por abrir as portas de sua magnífica biblioteca – mesmo em tempos de pandemia –, para que eu tivesse a honra de ali, entre suas vetustas paredes, discorrer a tese, inspirando-me na história, na arquitetura e nos grandes pensadores que um dia transitaram em seus corredores.

À minha querida orientadora, Prof.^a Dr.^a Joana Stelzer, meus agradecimentos – não apenas pelos inestimáveis ensinamentos científicos, de pesquisa e metodologia –, mas, antes, por compreender o momento de minha vida em que a tese estava sendo escrita, conduzindo o processo com a sensibilidade de exímia maestra que é.

Por fim, reservo agradecimentos e exulto minha amada esposa, Ana Paula, fonte de inspiração, de vida e de amor. Obrigado por compreender minha ausência e cobrir minha presença na criação de nossa filhota durante os primeiros meses de sua vida. Naqueles dias frios de inverno vienense, você soube cuidar diligentemente de nossa família e possibilitou-me chegar onde cheguei. Você é minha principal incentivadora, e meu principal incentivo é você.

Mas na realidade não há nenhum eu, nem mesmo o mais simples; não há uma unidade, mas um mundo plural, um pequeno firmamento, um caos de formas, de matizes, de situações, de heranças e possibilidades. (HESSE, 1927).

RESUMO

A soberania permanente sobre os recursos naturais (PSNR) é um complexo conceito de direito internacional, concebido em meados do século XX, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (Unga), como resposta da comunidade internacional à crise moral do mundo pós-Guerras, garantindo aos países não desenvolvidos o direito de livremente usufruir de seus recursos naturais como forma de desenvolvimento econômico e social. A partir de então, percebe-se a evolução da soberania permanente na ordem jurídica internacional, representando a conjunção entre valores fundamentais à humanidade e princípios norteadores da sociedade internacional – autodeterminação dos povos, soberania e não agressão. Embora longo e direta ou transversalmente tenha sido utilizado como fundamento para a criação ou preservação de direitos reconhecidos como inalienáveis pela comunidade internacional de Estados, observa-se que a PSNR é negligenciada na ordem jurídica internacional, possivelmente devido ao crepúsculo que envolve a identificação de sua natureza jurídica. Por concatenar direitos inalienáveis, no entanto, aparentemente o conceito adquire contornos de norma peremptória de direito internacional – *jus cogens*. Com efeito, a *raison d'être* do *jus cogens* – revisitada a partir da teoria da humanização do direito internacional – é expressão da ética e da proteção dos valores morais da humanidade em que se fundamenta a comunidade de Estados. Nesse contexto, mostra-se primordial estabelecer critérios jurídicos que permitam definir a natureza jurídica da PSNR. Visando responder à problematização de análise, foi adotado o método indutivo e histórico – observando-se fenômenos e descobrindo a relação entre eles para a exposição do resultado. Quanto à metodologia científica, trata-se de pesquisa pura, em virtude do aprofundamento investigativo realizado sobre a temática. Quanto à abordagem do problema, representa pesquisa qualitativa, na medida em que extraiu sua conclusão servindo-se da cognição e da interpretação relativas às complexidades da PSNR. Quanto aos fins, a pesquisa é explicativa, pois identificou os fatores que determinaram a categorização da PSNR no direito internacional, sob o entrelaçamento das suas variáveis independentes e dependentes. Relativamente aos meios e procedimentos técnicos, empreendeu-se pesquisa bibliográfica e documental, fortemente escorada em referências internacionais. Assim, a primeira seção dedica-se a revisar as fontes de direito internacional, especialmente a divisão clássica do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A segunda seção objetiva definir *jus cogens*, suas principais características, função, importância e reconhecimento no direito internacional, conceituando-a como hierarquicamente superior às demais fontes. O terceiro capítulo descreve a gênese e evolução da PSNR a partir de sua emergência como Resolução da Assembleia Geral, identificando direitos e obrigações inerentes, bem como apresenta o *case law* de tribunais internacionais que, direta ou transversalmente, abordaram o conceito. Por fim, o quarto capítulo busca identificar a natureza jurídica da PSNR a partir de critérios decorrentes da abordagem, como a autodeterminação dos povos, o direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável – expressão de direitos humanos fundamentais. Como conclusão, a evolução da soberania permanente nas Resoluções na Assembleia Geral, a *opinio juris* e prática reiterada, bem como a desconstrução do conceito em valores humanos fundamentais – indelevelmente constituindo seu elemento nuclear – permitiu, no tempo e no espaço, compreendê-la como *jus cogens* na ordem jurídica internacional.

Palavras-chave: Soberania permanente sobre os recursos naturais. Autodeterminação. Direitos ambientais. Teoria da humanização do direito internacional. *Jus cogens*.

ABSTRACT

Permanent sovereignty over natural resources (PSNR) is a complex concept in international law, coined in the middle of the 20th Century by the General Assembly of the United Nations. The concept is seen as the response of the international community to the Post-War moral crisis, guaranteeing non-developed countries the right to freely benefit from their own natural resources and wealth as a way for economic and social development. From that moment on, one perceives an evolution of permanent sovereignty in the international legal order, representing the union of fundamental values for humanity and guiding principles for international society – such as the self-determination of peoples, sovereignty, non-aggression and permanent guardianship. Nevertheless, however long the concept has been directly or transversally utilized as a foundation for the creation or preservation of recognized rights as inalienably – linked to the ends of the international community of States, one observes that the concept is neglected by the international legal order, possibly due to an ebbing interest in the identification of its legal nature. In the act of connecting inalienable rights it appears, however, that the PSNR acquires a profile of peremptory norm in international law – *jus cogens*. In effect, the *raison d'être* of *jus cogens* – revisited from the theory of the humanization of international law – is the expression of ethics and protection for the moral values of humanity, giving foundations to the community of States. In this context, what becomes naturally implicit is to establish legal criteria that permit the legal nature of the PSNR, identifying and recognizing the concept, imbued with the possibility of being an peremptory norm of international law. Seeking to respond to this problematization of the analysis, alongside identification and recognition of the legal nature of permanent sovereignty - setting out from values to represent and protect - the inductive method was adopted. This methodology concentrated on the observation of phenomena and at the same time discovered the relationship between them, in order to finally generalize about considerations with scientific backing. The first section of the thesis is dedicated to revisiting the sources of international law, especially the classical division that sets out from Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. The second section aims to identify definitions for *jus cogens*, their main characteristics, function and importance, beside their recognition in international law for norms of this nature, conceiving them as a superior hierarchy of norms in relation to other sources of international law. The third chapter describes the genesis and evolution of the PSNR, starting from its emergence as a Resolution of the UN General Assembly; the section identifies inherent rights and obligations, as well as presenting the case law of international tribunals that, directly or transversally, approach the concept. Finally, the fourth section seeks to identify and recognize the legal nature of PSNR as a peremptory norm of international law, setting out from juridical criteria resulting from its approach to establish the self-determination of peoples, such as the right to a clean, healthy and sustainable environment and as the maximum expression of human rights. In this way, deconstructing the sense of permanent sovereignty over natural resources in the present study permitted one to understand, over time and space, the fundamental human values that indelibly constitute the nucleus of the concept, expressing superior normative hierarchy in the international legal order.

Key words: Permanent sovereignty over natural resources. Self-determination. Environmental rights. Theory of humanization of international law. *Jus cogens*.

ZUSAMMENFASSUNG

Ständige Souveränität über natürlichen Ressourcen (SSNR) ist ein komplexes Konzept des Völkerrechts, welches Mitte des 20. Jahrhunderts während der Generalversammlung der Vereinten Nationen entworfen wurde. Das Konzept wird als Antwort der internationalen Gemeinschaft auf die moralische Krise der Nachkriegswelt angesehen und garantiert den unterentwickelten Ländern das Recht auf freie Nutzung ihrer Ressourcen und natürlichen Reichtümer als eine Form der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung. Seitdem gab es eine Entwicklung der dauerhaften Souveränität in der internationalen Rechtsordnung, welche die Kombination von grundlegenden Werten für die Menschheit und Leitprinzipien der internationalen Gesellschaft repräsentiert – wie z.B. die Selbstbestimmung der Völker, die Souveränität, der Nichtangriff und dauerhafter Schutz. Obwohl langlebig und direkt oder transversal als Grundlage für die Schaffung oder Wahrung von Rechten verwendet, die für die Zwecke der internationalen Staatengemeinschaft als unveräußerlich anerkannt sind, beobachtet man jedoch, dass das Konzept in der internationalen Rechtsordnung vernachlässigt wird, möglicherweise aufgrund bis zum Zweifel, das die Identifizierung seiner Rechtsnatur beinhaltet. Durch die Verknüpfung von unveräußerlichen Rechten nimmt SSNR jedoch offenbar die Konturen einer zwingenden Norm des Völkerrechts an – *jus cogens* [zwingendes Recht]. Tatsächlich ist *raison d'être* des *jus cogens* [Daseinszweck des zwingenden Rechts] – unter dem Gesichtspunkt der Theorie der Humanisierung des Völkerrechts neu aufgegriffen – Ausdruck der Ethik und des Schutzes der moralischen Werte der Menschheit, auf denen die Staatengemeinschaft beruht. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, rechtliche Kriterien festzulegen, welche es ermöglichen, die Rechtsnatur von SSNR zu definieren und das Konzept möglicherweise als zwingende Norm des Völkerrechts zu identifizieren und anzuerkennen. Um auf diese Problematisierung der Analyse, Identifizierung und Anerkennung der Rechtsnatur der dauerhaften Souveränität aus den Werten, die sie repräsentiert und schützt, zu reagieren, verwendete man die induktive Methode - konzentriert auf die Beobachtung von Phänomenen, die Entdeckung der Beziehung zwischen ihnen und schließlich die Verallgemeinerung dieser Beziehung, um die Überlegungen mit wissenschaftlicher Unterstützung offenzulegen. Der erste Abschnitt der These widmet sich der Überprüfung der Quellen des Völkerrechts, insbesondere der klassischen Trennung ab dem Art. 38 der Satzung des Internationalen Gerichtshofs. Der zweite Abschnitt zielt darauf ab, Definitionen des *jus cogens* [zwingendes Recht], seiner Hauptmerkmale, Funktion, Bedeutung und Anerkennung von Normen dieser Art im Völkerrecht festzulegen und sie als übergeordnete Norm in Bezug auf andere Quellen des Völkerrechts zu konzeptualisieren. Das dritte Kapitel beschreibt die Genese und Entwicklung von SSNR seit seiner Entstehung als Bestimmung der UN-Generalversammlung, identifiziert die inhärenten Rechte und Pflichten und stellt die Rechtsprechung von internationalen Gerichten vor, die sich direkt oder übergreifend mit dem Konzept befasst haben. Schließlich versucht der vierte Abschnitt, die Rechtsnatur des SSNR als zwingende Norm des Völkerrechts zu identifizieren und anzuerkennen, auf der Grundlage von rechtlichen Kriterien, welche sich aus seinem Ansatz als Selbstbestimmung der Völker ergeben, als das Recht auf eine saubere, gesunde und nachhaltige Umwelt und als maximaler Ausdruck der Menschenrechte. Die Dekonstruktion der dauerhaften Souveränität über natürliche Ressourcen in der vorliegenden Studie ermöglichte es uns also, die grundlegenden menschlichen Werte in Zeit und Raum zu verstehen, die unauslöschlich das Kernelement des Konzepts darstellen und eine höhere normative Hierarchie in der internationalen Rechtsordnung zum Ausdruck bringen.

Schlüsselwörter: Ständige Souveränität über natürliche Ressourcen. Selbstbestimmung. Umweltrechte. Theorie der Humanisierung des Völkerrechts. *Jus cogens* [zwingendes Recht].

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------------------|---|
| ACHPR | African Commission on Human and Peoples' Rights |
| ACHR | American Convention on Human Rights |
| Ades | Asociación de Desarrollo Económico y Social |
| Adeses | Asociación para El Desarrollo de El Salvador |
| Art. | Artigo |
| BIT | Bilateral Investment Treaties |
| BP | British Petroleum Exploration |
| CADH | American Convention on Human Rights |
| CAFTA | Central America Free Trade Agreement and Dominican Republic |
| CEDH | Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais |
| Cerds | Charter of Economic Rights and Duties of States |
| Ciel | Center for International Environmental Law |
| CNUDM | Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar |
| Codeco | Cooperative for Development of the Congo |
| Cordes | Asociación Fundación para la Cooperación y el Desarrollo Comunal de El Salvador |
| Dr. | Doutor |
| Dr. ^a | Doutora |
| DSB | <i>Dispute Settlement Body</i> |
| ECHR | European Convention on Human Rights |
| Ecosoc | Economic and Social Council |
| e.g. | <i>exempli gratia</i> |
| FDPU | Força de Defesa Popular de Uganda |
| Fespad | Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho |
| GA | General Assembly [United Nations Organization] |
| Gatt | General Agreement on Tariffs and Trade |
| IACHR | Inter-American Commission on Human Rights |
| IACtHR | Inter-American Court of Human Rights |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> |
| IBRD | International Bank for Reconstruction and Development |
| ICCPR | <i>International Covenant on Civil and Political Rights</i> |
| ICSID | <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> |
| ICESCR | <i>International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights</i> |

| | |
|--------------------|--|
| ICJ | International Court of Justice |
| <i>Id.</i> | <i>Idem</i> |
| ILC | International Law Commission |
| ILO | International Labour Organization |
| IMF | International Monetary Fund |
| Inc. | Inciso |
| <i>loc. cit.</i> | <i>loco citato</i> |
| Liamco | Libyan American Oil Company |
| MAI | <i>Multilateral Agreement on Investment</i> |
| MEA | <i>Multilateral Environmental Agreements</i> |
| n./n° | número |
| OECD | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OHCHR | Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatum</i> |
| OSC | Órgão de Solução de Controvérsias |
| p. | página |
| p. ex. | Por exemplo |
| Pac Rim | Pacific Rim Mining Corporation |
| PIDCP | Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos |
| Prof. | Professor |
| Prof. ^a | Professora |
| PSNR | Permanent Sovereignty over Natural Resources |
| RDC | República Democrática do Congo |
| RPC | República Popular do Congo |
| SBI | State Bank of India |
| ss | seguintes |
| TED | Turtle Excluder Devices |
| UFSC | Universidade Federal de Santa Catarina |
| UIA | Union of International Organizations |
| UN | United Nations Organization |
| Unclo | <i>United Nations Convention on Law of the Sea</i> |
| UNCTAD | United Nations Conference on Trade and Development |
| Undrip | United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples |
| Unep | <i>United Nation Environmental Programme</i> |
| Unesco | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization |

| | |
|--------|---|
| UNFCCC | United Nations Framework Convention on Climate Change |
| Unga | United Nation General Assembly |
| UNHRC | United Nations Human Rights Council |
| UPDF | <i>Ugandan People's Defense Force</i> |
| URSS | União das Repúblicas Socialistas Soviéticas |
| v. | volume |
| VCLT | <i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i> |
| vs | <i>versus</i> |
| WTO | World Trade Organization |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 17 |
| 1.1 | CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL GERAL | 23 |
| 1.2 | CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL..... | 26 |
| 1.2.1 | <i>Jus gentium</i> no direito internacional | 34 |
| 1.2.2 | Fontes formais e fontes materiais na composição do direito internacional | 38 |
| 1.3 | CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA | 40 |
| 1.3.1 | Costumes, prática reiterada e <i>opinio juris</i>: discussões acerca da sedimentação das categorias e suas funções no ordenamento | 44 |
| 1.3.2 | O papel das organizações e das convenções internacionais | 47 |
| 1.3.3 | Importância dos princípios gerais para o direito internacional | 53 |
| 1.3.4 | Fontes auxiliares – decisões judiciais e doutrina: considerações sobre o recurso nos tribunais internacionais | 57 |
| 1.4 | CONFLITO E HIERARQUIA DE NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL. | 62 |
| 1.5 | VALIDADE, ALCANCE E NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES DA UNGA..... | 65 |
| 2 | GÊNESE, IDENTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL (<i>JUS COGENS</i>) | 75 |
| 2.1 | BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DAS NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> | 78 |
| 2.2 | A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS (1969) E A DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONCEITO DE <i>JUS COGENS</i> | 81 |
| 2.3 | FONTES DE OBRIGAÇÕES DO <i>JUS COGENS</i> : POSITIVISMO <i>VS</i> JUSNATURALISMO..... | 88 |
| 2.4 | DISTINÇÃO ENTRE <i>JUS COGENS</i> E OBRIGAÇÕES <i>ERGA OMNES</i> NO DIREITO INTERNACIONAL..... | 95 |
| 2.5 | FUNÇÕES DAS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL: UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA DIANTE DA FRAGMENTAÇÃO EM REGIMES AUTOSSUFICIENTES | 99 |
| 2.6 | <i>JUS COGENS</i> E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL | 104 |
| 2.6.1 | A autodeterminação dos povos como elemento fundamental de <i>jus cogens</i> | 113 |
| 2.6.2 | <i>Jus cogens</i> e direitos ambientais – iminência de um <i>jus cogens</i> ambiental | 122 |
| 2.7 | IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS DE <i>JUS COGENS</i> – RELATÓRIO DA 71ª SESSÃO DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL – ILC..... | 140 |
| 2.7.1 | As conclusões do Relatório da 71ª Sessão da International Law Commission . | 142 |
| 2.7.1.1 | <i>Parte 1: Escopo, definição e natureza</i> | 142 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 2.7.1.2 | <i>Parte 2: Critérios para a identificação do jus cogens</i> | 142 |
| 2.7.1.3 | <i>Parte 3: Consequências jurídicas de normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens)</i> | 146 |
| 2.7.1.4 | <i>Parte 4: Provisões gerais</i> | 147 |
| 2.7.2 | Crítica às conclusões do Relatório da 71ª Sessão da International Law Commission | 148 |
| 3 | DELINEAMENTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS A RESPEITO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS (PSNR) | 154 |
| 3.1 | DEFINIÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS..... | 156 |
| 3.2 | A SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E A QUESTÃO DOS TERRITÓRIOS PALESTINOS E ÁRABES OCUPADOS POR ISRAEL | 170 |
| 3.3 | DIREITOS E OBRIGAÇÕES INERENTES À SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS EM UM MUNDO INTERDEPENDENTE | 171 |
| 3.3.1 | Direitos inerentes ao exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais | 173 |
| 3.3.2 | Obrigações inerentes ao exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais | 175 |
| 3.4 | O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO INERENTE À SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS | 178 |
| 3.5 | DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO INERENTE AO EXERCÍCIO DA PSNR..... | 182 |
| 3.6 | SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E <i>CASE LAW</i> | 188 |
| 3.6.1 | Corte Internacional de Justiça | 190 |
| 3.6.1.1 | <i>East Timor (Portugal vs Australia) – 1995</i> | 190 |
| 3.6.1.1.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 191 |
| 3.6.1.2 | <i>Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory – 2003</i> | 193 |
| 3.6.1.2.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 195 |
| 3.6.1.3 | <i>Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo vs Uganda) – 2005</i> | 197 |
| 3.6.3.1.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 200 |
| 3.6.2 | Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos | 203 |
| 3.6.2.1 | <i>Pac Rim Cayman LLC vs Republic of El Salvador – 2012</i> | 203 |
| 3.6.2.1.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 204 |
| 3.6.2.2 | <i>El Paso Energy International Co. vs Argentina – 2015</i> | 205 |
| 3.6.2.2.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 206 |

| | | |
|--------------|---|-----|
| 3.6.3 | Arbitragem Internacional | 207 |
| 3.6.3.1 | <i>Texaco Overseas Petroleum Co. vs Libyan Arab Republic – 1977</i> | 209 |
| 3.6.3.1.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 210 |
| 3.6.3.2 | <i>B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. vs Libyan Arab Republic – 1979</i> | 211 |
| 3.6.3.2.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 212 |
| 3.6.3.3 | <i>Libyan American Oil Company vs Libyan Arab Republic – 1981</i> | 213 |
| 3.6.3.3.1 | Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais | 213 |
| 3.6.4 | Corte Interamericana de Direitos Humanos | 215 |
| 3.6.4.1 | <i>Saramaka People vs Suriname – 2007</i> | 215 |
| 3.6.5 | Organização Mundial do Comércio | 216 |
| 3.6.5.1 | <i>China Raw Materials e China Rare Earths (WTO)</i> | 217 |
| 4 | A NATUREZA JURÍDICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E SUA EMERGÊNCIA COMO <i>JUS COGENS</i> NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL | 222 |
| 4.1 | A QUESTÃO DA SOBERANIA ‘PERMANENTE’ SOBRE OS RECURSOS NATURAIS | 224 |
| 4.2 | A DIMENSÃO NORMATIVA DA SOBERANIA PERMANENTE COMO AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS | 227 |
| 4.2.1 | Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais como autodeterminação no âmbito da UN | 228 |
| 4.2.2 | Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais como autodeterminação a partir do <i>case law</i> | 237 |
| 4.3 | PSNR E O DIREITO AO AMBIENTE LIMPO, SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL | 241 |
| 4.4 | A NATUREZA NORMATIVA DA PSNR E OS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO COMO NORMA PEREMPTÓRIA DE DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL..... | 250 |
| 4.4.1 | Identificação do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais como norma peremptória de direito internacional | 254 |
| 4.4.2 | Autodeterminação: a reconhecida norma de <i>jus cogens</i> como elemento central da soberania permanente sobre os recursos naturais | 256 |
| 4.4.3 | Soberania permanente sobre os recursos naturais: a expressão de direitos ambientais e direitos humanos como normas peremptórias de direito internacional | 261 |
| 5 | CONCLUSÃO | 269 |
| | REFERÊNCIAS | 274 |

1 INTRODUÇÃO

A soberania permanente sobre os recursos naturais (PSNR ou soberania permanente) é um complexo conceito no âmbito do direito internacional, construído a partir da conjunção entre valores fundamentais à humanidade e composto por princípios norteadores da comunidade internacional, como a autodeterminação dos povos, a soberania, a não agressão e a tutela permanente sobre os recursos naturais.

Embora a soberania permanente tenha sido concebida em meados do século XX, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (United Nations General Assembly – Unga), observa-se que, não obstante seja objeto de grande relevância temática, o conceito é negligenciado na ordem jurídica internacional, possivelmente devido ao crepúsculo que envolve sua natureza jurídica, sendo classificado mais comumente como princípio ou mesmo como norma obsoleta de reconfiguração da economia no mundo após II a Guerra Mundial.

O presente estudo foi motivado justamente pela instigante emergência da soberania permanente em momentos históricos distintos, *inter alia*, a retomada da economia após a crise moral mundial do pós-guerras, a crise do petróleo da década de 1980, a ocupação da Palestina por Israel, a ascendência dos Pactos sobre Direitos Humanos e as Conferências Mundiais Sobre o Ambiente – em especial as de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992). Em todos esses momentos, a soberania permanente foi, direta ou transversalmente, utilizada como fundamento para a criação ou preservação de direitos reconhecidos como inalienáveis para os fins da comunidade internacional de Estados.

Assim, considerando sua gênese como fator de mudança e esperança de um novo mundo, assegurando autodeterminação aos países não desenvolvidos sobre suas riquezas naturais, bem como sua evolução como requisito ao exercício de direitos humanos e direitos ambientais, surpreende o processo letárgico da soberania permanente na ordem jurídica internacional, a qual, aparentemente, subutiliza (ou simplesmente ignora) um conceito de grande potencial e interesse para os Estados.

Esse contexto instiga ao aprofundamento sobre a natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, e, de alguma forma, a imprecisão em torno do conceito colabora com esse quadro letárgico, principalmente quando, *prima facie*, verifica-se a possibilidade de abordá-lo como norma peremptória de direito internacional (*jus cogens*).

As normas peremptórias de direito internacional, por imperativas e cogentes na ordem jurídica internacional, representam e protegem valores fundamentais à humanidade, mormente os direitos humanos, servindo como pilar para o direito internacional da humanidade – ou

novo *jus gentium*, segundo a expressão de Antonio Augusto Cançado Trindade.¹ O caráter de norma inderrogável, embora inerente à determinadas normas de direito internacional pelo valor moral que representam, foi positivado pelos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (*Vienna Convention on the Law of Treaties – VCLT*),² de 1969 – estudada em tópico próprio, no segundo capítulo.

Em vista do exposto, exsurge o problema a ser analisado no presente estudo: quais os critérios jurídicos que permitem definir a natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, identificando e reconhecendo o conceito como norma peremptória de direito internacional?

Partindo do problema apresentado, a hipótese inicial da pesquisa é a possibilidade de a soberania permanente sobre os recursos naturais possuir natureza jurídica de *jus cogens*, pois, além de ser construída a partir de princípios também caracterizados como *jus cogens*, foi concebida e desenvolvida no âmbito da UN por sucessivas Resoluções de sua Assembleia Geral, significando, efetivamente, uma prática reiterada e uma *opinio juris* condizente com uma norma dessa categoria.

O problema apresentado foi analisado a partir de cinco variáveis, sendo duas independentes, duas dependentes e uma moderadora. A primeira variável independente é a normatização da PSNR no direito internacional por sucessivas Resoluções da Unga, representando prática reiterada e *opinio juris*, refletindo seus efeitos principiológicos em acordos, convenções e documentos internacionais, além de jurisprudências de tribunais internacionais. A segunda variável independente é a desconstrução do conceito de PSNR, expondo os princípios eminentemente com caráter de *jus cogens* que formam seu núcleo duro, como a autodeterminação e o direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável, ambos princípios reconhecidamente de direitos humanos e representativos dos valores fundamentais da humanidade. Por sua vez, a primeira variável dependente é o reconhecimento ou alusão à PSNR a partir das opiniões e práticas das organizações e tribunais internacionais, em especial o tratamento reservado ao conceito de soberania permanente, com vistas a saber se é condizente com norma de superior hierarquia no âmbito do direito internacional geral. A segunda variável dependente, similar à primeira, é a identificação da natureza jurídica da tríade de categorias descobertas a partir da desconstrução do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais (autodeterminação – direitos ambientais – direitos

¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. v. 6.

² UNITED NATIONS (UN). **Vienna Convention on the Law of Treaties**. 23 may 1969. New York, UN, 1969. (United Nations Treaty Series, v. 1155).

humanos), as quais, se confirmadas como *jus cogens*, conferem caráter de norma hierarquicamente superior à própria PSNR. A variável moderadora, compreendida como fenômeno e também como condição ou fator determinante à ocorrência de determinado resultado, potencialmente influente ou modificativo da relação da variável independente com o fator observado,³ é a condição a ser implementada para a identificação e o reconhecimento de uma norma com *status* de *jus cogens*, na forma estipulada pela International Law Commission (ILC) no *Relatório Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral* (*jus cogens*), de 2019,⁴ qual seja, o reconhecimento expresso da comunidade de Estados como um todo (tema debatido no segundo capítulo).

A propósito, a pesquisa abordou a análise desse fenômeno causal de grande interesse para a construção da tese (Relatório da ILC), o qual, embora merecedor de críticas pontuais, fornece importantes critérios para a identificação de normas com *status* legal de *jus cogens* na ordem jurídica internacional.

Assim, visando confirmar a hipótese, o objetivo geral da tese é identificar os critérios jurídicos que determinam a natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais como norma com *status* de *jus cogens* e sua precedência como norma peremptória, não derogável e hierarquicamente superior na ordem jurídica internacional. Os objetivos específicos, tratados individualmente no decorrer do estudo, são os seguintes: (i) verificar as fontes de direito internacional, especialmente a divisão clássica a partir do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça;⁵ (ii) definir *jus cogens*, suas características principais, função, importância e reconhecimento no direito internacional de normas dessa natureza, conceituando-a como norma de hierarquia superior em relação às demais fontes de direito internacional; (iii) descrever a gênese e evolução da PSNR a partir de sua emergência como Resolução da Unga, os direitos e as obrigações a ela inerentes, bem como *case law* envolvendo o conceito; e (iv) reconhecer a PSNR como norma peremptória de direito internacional a partir de critérios jurídicos decorrentes de sua expressão, como autodeterminação dos povos, como direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável e como direito humano.

³ MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório e trabalhos científicos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur**. 71st Session, 2019. [S. l.]: Unga, 2019.

⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Statute of the International Court of Justice. 1945. **ICJ**, San Francisco, [2017?].

A construção da tese utilizou como marco teórico o livro *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*, de Antonio Augusto Cançado Trindade.⁶ A obra auxiliou na compreensão de que os valores fundamentais para a humanidade – em especial os expressados nos direitos humanos – consistem em normas peremptórias de direito internacional justamente pelo seu valor moral para a humanidade e, nessa capacidade, servem de pilar para a construção de um novo *jus gentium*. A partir desse pressuposto, a abordagem da PSNR possibilitou, por exemplo, o estabelecimento de um contraponto às conclusões do Relatório ILC sobre a aceitação e o reconhecimento de normas *jus cogens*, a saber, apenas pela aceitação expressa da coletividade de Estados, segundo entende a Comissão.⁷

Ainda sobre *jus cogens*, os artigos precursores de Alfred Verdross⁸ foram de grande valia, pois, além de lançarem uma interpretação do *jus cogens* a partir do jusnaturalismo, são considerados pelos juristas internacionais como importantes estudos para a evolução do *jus cogens* na ordem jurídica internacional. Referência especial também aos escritos de Ulf Linderfalk⁹ como fundação teórica para a construção da tese.

Similarmente, quanto aos aspectos gerais, às possibilidades e aos limites da PSNR, a obra *Permanent Sovereignty Over Natural Resources: Balancing rights and duties*, de Nico Schrijver, discorre com riqueza ímpar sobre o tema, sob uma perspectiva histórica e evolutiva, servindo como valioso amparo aos estudos.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa básica, pura, assim classificada por Marconi e Lakatos, por se ocupar do progresso científico, do estudo que objetiva a ampliação do conhecimento teórico, sem preocupação com sua aplicação prática.¹⁰ Especificamente, a pesquisa classifica-se como pura, por objetivar produzir novos conhecimentos a respeito da força normativa e dos diversos aspectos e desdobramentos inerentes à PSNR no campo do direito internacional geral.

No que se refere à abordagem do problema, trata-se de pesquisa qualitativa, assim caracterizada por “[...] a) ter ambiente natural como fonte direta dos dados; b) ser descritiva;

⁶ CANÇADO TRINDADE, 2010.

⁷ Comentários sobre o draft conclusion 7 “International community of States as a whole” [...] 2. Acceptance and recognition by a very large majority of States is required for the identification of a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*); acceptance and recognition by all States is not required”.

⁸ VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum and jus cogens in international law*. American Journal of International Law, Washington D.C., v. 60, p. 59-60, 1966.

⁹ LINDERFALK, Ulf. The Creation of Jus Cogens – Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, [S. l.], v. 71, p. 359-378, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3P9cJO3>. Acesso em: 31 mar. 2022.

¹⁰ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

c) analisar intuitivamente os dados; d) preocupar-se com o processo, e não só com os resultados e o produto; e) enfatizar o significado”.¹¹ Nesses termos, o emprego da abordagem qualitativa revela-se adequado em virtude da cognição e interpretação das complexidades que envolvem a PSNR, de sua gênese à perquirição de seu valor normativo na comunidade internacional, com vistas a dar-lhe precisão a partir de critérios jurídicos. Quanto aos fins, a pesquisa é explicativa, pois busca explicitar a razão e “[...] identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos”,¹² no caso, para a categorização da PSNR no direito internacional.

No tocante ao método de abordagem, foi utilizado o método indutivo para a consecução dos objetivos da tese, concentrado na observação de fenômenos, com o objetivo de descobrir a relação entre eles e, por fim, generalizar esta relação. Embora não se trate de método definitivo – ou que assegure prognoses definitivas sobre o futuro –, as induções estabelecidas servem ao objetivo do estudo e amparam cientificamente suas conclusões. Nesse sentido, a pesquisa partiu, essencialmente, da primeira indução – abordagem sobre as fontes de direito mais comumente aceitas na ordem jurídica internacional, com ênfase na classificação das Resoluções da Unga. A segunda indução foi a gênese, aplicação e identificação das normas com *status* de *jus cogens* no direito internacional, identificando desde logo a função de amálgama na ordem jurídica internacional, a qual limita a dissociação dos denominados regimes autossuficientes do próprio direito internacional. Como terceira indução, tem-se a pesquisa realizada sobre os delineamentos teóricos conceituais da soberania permanente sobre os recursos naturais, identificando-se sua exegese e evolução conceitual, com ênfase no *case law*. Por fim, seguindo ainda o método indutivo – e lançada nas induções anteriores –, vira-se construída a teoria acerca da natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais e apresentado o conceito como *jus cogens* na ordem jurídica internacional.

Em se tratando de método auxiliar, foi empregado o método histórico, partindo-se da concepção e do desenvolvimento da soberania permanente sobre os recursos naturais ao longo da história, bem como pesquisando-se os primórdios e os acontecimentos em direito internacional que permearam a evolução do conceito, de forma a compreender sua natureza jurídica – como a ascendência dos Pactos de direitos humanos, as Convenções Ambientais

¹¹ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas 2008., p. 272.

¹² GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

mundiais e a edição de sucessivas Resoluções da Unga versando especificamente sobre a PSNR.

Quanto ao método de interpretação – além do método histórico, o qual estabeleceu a coerência evolutiva da soberania permanente, relevando as disposições iniciais dos Estados-Membros da UN na Assembleia Geral, e assim sucessivamente, até cunhar-se a versão definitiva do conceito que embasa a construção de sua natureza jurídica –, foi utilizado o método de interpretação teleológico. O método de interpretação teleológico auxiliou a estabelecer o propósito e, principalmente, a função da soberania permanente sobre os recursos naturais na ordem jurídica internacional. Com efeito, a identificação das intenções dos Estados que permearam a criação do conceito na UN, ou seja, a finalidade que justifica a sua existência, serviu para isolar e compreender a pretensão inicial da PSNR e, principalmente, sua construção e evolução sobre categorias operacionais com *status* de *jus cogens*. Obtém-se, portanto, o elemento teleológico puro e motivador de sua criação – ou, conforme argumenta Carlos Maximiliano, para uma compressão fidedigna da norma, sua finalidade faz compreender os meios, os quais devem ser desenvolvidos em suas minúcias, limitando seu conteúdo.¹³

Assim, a partir da interpretação teleológica, a compreensão do escopo e da finalidade inicialmente proposta para a criação do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais no mundo pós-Guerras pôde ser isolada para fins de análise e interpretação de sua natureza jurídica, estabelecendo parâmetros que auxiliaram a consecução dos objetivos da pesquisa.

Também é importante destacar os meios e procedimentos técnicos utilizados para a pesquisa, de caráter bibliográfico e documental. Nesse sentido, a pesquisa bibliográfica e documental permitiu conhecer os fatos passados, com base em dados secundários. Como o estudo abrange acontecimentos cronológicos a partir da gênese da PSNR, datada da década de 50 do século XX, a pesquisa bibliográfica mostrou-se fundamental para a compreensão da evolução da abordagem e do pensamento de diversos juristas sobre o conceito no decorrer do tempo, em aspectos multifacetados. Por outro lado, a pesquisa documental baseou-se, principalmente, em discussões sobre os temas nas *travaux préparatoires* de tratados internacionais, em votações de Resoluções da Unga e em discussões sobre *jus cogens* no âmbito da ILC. Procedeu-se à extensa pesquisa em documentos gerados por órgãos internacionais (Unga, United Nations Human Rights Council – UNHRC, Organisation for

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125.

Economic Co-operation and Development – OECD, United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD, ILC), em tratados e jurisprudência – especialmente da Corte Internacional de Justiça –, além da análise de declarações oficiais, notas taquigráficas e relatórios emanados pelas Organizações Internacionais.

Por fim, cumpre esclarecer que, devido ao fato de a maior parte da pesquisa ter como fontes os escritos em língua estrangeira – predominantemente a inglesa –, as citações diretas são expressões de traduções realizadas pelo próprio pesquisador, cujas referências bibliográficas e textos na língua original estarão identificados nas notas de rodapé.

1.1 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL GERAL

A história da humanidade, especificamente no que se refere ao seu vínculo com o direito, por vias morais ou éticas, traduz-se na interiorização de determinados costumes construídos a partir das particularidades das comunidades que a integram, os quais se tornaram elementos centrais na construção de sistemas jurídicos em âmbito doméstico ou externo.

Esse conteúdo, em toda sua extensão dialética, conversa interdisciplinarmente e alcança, de forma original, o plano do direito denominado ‘internacional’, considerando o aspecto universalista desse ramo do direito. É, pois, noção histórica do direito internacional, com particular importância no período subsequente à II Guerra Mundial, haja vista seu dever de contemplar questões para além do individualismo decorrente de uma época de luta por hegemonia, pelo menos desde a fundação da UN, em 1945.¹⁴

Compreende-se, portanto, que das características singulares de cada comunidade, regidas por regras, normas, leis e princípios próprios, decorrem as fontes do direito internacional. Nesse sentido, o direito inicialmente produzido internamente em cada sociedade representa, senão, os valores próprios lhes são comuns, conforme Malcom Shaw observa:

Toda sociedade, seja ela grande ou pequena, poderosa ou fraca, criou para si mesma uma estrutura de princípios dentro da qual se desenvolve. [...] tudo foi explicitado na consciência dessa comunidade. [...] A lei é aquele elemento que une os membros da comunidade em sua adesão a valores e padrões reconhecidos. [...] O direito consiste

¹⁴ UNITED NATIONS. About us. **United Nations**, New York, 2022. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us>. Acesso em: 6 maio 2022.

em uma série de regras que regulam o comportamento, e refletindo, até certo ponto, as ideias e preocupações da sociedade em que funciona.¹⁵

Infere-se, portanto, que a existência de um direito internacional enseja, *a priori*, o reconhecimento de um direito local, o qual acompanha a lógica e o desejo de futuro inerentes a cada sociedade em particular. Esse cenário acaba gerando discussões teóricas sobre a própria condição universal do Direito internacional, como indaga Anthea Roberts em sua obra *O Direito Internacional é internacional?*¹⁶

Embora não caiba aqui analisar o mérito desse questionamento, ele serve de provocação na busca pelas fontes do direito internacional. Ainda que inicialmente induza a uma posição antagônica, em um estudo mais aprofundado fatalmente afasta-se da noção mais básica que se tem sobre a matéria, qual seja, a concepção do direito internacional como mera norma positivada e com aplicabilidade universal.

Em se tratando de uma ideia carregada de percepções universalistas, há que se ter em conta que as fontes que servem ao direito internacional, antes de tudo, são princípios e valores protegidos pela humanidade e fundamentais à sua própria existência. E a ideia de ‘ser’ deve ser estendida ao seu maior grau semântico, ou seja, é o ser que implica a necessidade de proteção individual, mas também se projeta como peça essencial na comunidade internacional como elo indivisível da humanidade. Dito de outra forma, as fontes do direito internacional inclinam-se a compreender o ser humano como parte de um todo e que sua existência depende do ato de reger circunstâncias maiores que aquelas já concretizadas localmente.

As fontes de direito internacional são, pois, um complexo mecanismo, que não se constitui apenas de compreensões acerca dos costumes – ou da própria historicidade do sistema – mas principalmente da forma como convergem, no plano internacional, as diversidades existentes no campo interno. Essa aparente colisão entre os objetivos internos de cada Estado acaba por criar diferentes abordagens no processo construtivo do direito internacional – ramo do direito em que raramente impera a neutralidade. É justamente sobre esses modelos que Roberts trata em sua obra, nestes termos:

Como os processos de globalização em geral, o campo do Direito Internacional é definido por uma interação dinâmica entre a busca centrípeta de unidade e universalidade e a força centrífuga das diferenças nacionais e regionais. O equilíbrio

¹⁵ “Every society, whether it be large or small, powerful or weak, has created for itself a framework of principles within which to develop. [...] have all been spelt out within the consciousness of that community. [...] Law is that element which binds the members of the community together in their adherence to recognised values and standards. [...] Law consists of a series of rules regulating behaviour, and reflecting, to some extent, the ideas and preoccupations of the society within which it functions.” SHAW, Malcolm N. **International law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 1.

¹⁶ ROBERTS, Anthea. **Is international law international?** Oxford: Oxford University Press, 2017.

entre essas forças de convergência e divergência também pode ser interrompido por várias mudanças, incluindo inovação tecnológica, mudanças nas preferências políticas domésticas e mudanças no poder geopolítico.¹⁷

É este dinamismo que caracteriza o direito internacional: a busca por equilíbrio, que por vezes resulta em uma equivocada interpretação sobre seus objetivos, porém leva a constantes mudanças de paradigmas e também a reestruturações de suas fontes.

Sob esse prisma, é possível perceber, então, que o funcionamento da estrutura do direito em seu espectro internacional supera a mera interpretação normativa e principiológica, indo além da rigidez do positivismo jurídico. Essa concepção é demonstrada por Hafner-Burton, Victor e Lupu,¹⁸ ao analisarem as diferentes abordagens metodológicas empreendidas por cientistas políticos, de um lado, e operadores do direito internacional geral – especialmente juristas internacionais –, do outro. Do primeiro grupo, alegam os autores, a geração mais recente de cientistas sociais “[...] concentrou-se fortemente no papel das instituições, mas muitas vezes a ciência política não distinguiu claramente os papéis do direito internacional consuetudinário e acordos jurídicos formais, como tratados e organizações como tribunais”.¹⁹ Reconhecendo as diferentes tradições no direito internacional, os autores descrevem, em seguida, o segundo grupo, sobre o qual afirmam que “[...] a maior parte do direito internacional público se preocupa com o conteúdo do direito – como seu raciocínio, a formulação e aplicação de obrigações e exceções legais e decisões e interpretações judiciais, juntamente com o funcionamento das instituições jurídicas”.²⁰ Para reforçar a amplitude analítico-interpretativa desse ramo do Direito, os autores citam a área de conhecimento das Relações Internacionais, alegando, por exemplo, que nesse grupo alguns temas centrais para os juristas internacionais sequer são levados em consideração ou são mal compreendidos.²¹

Em síntese, o meão do argumento é o fato de que, embora o objeto de estudo seja o mesmo, no caso, o direito internacional, diferentes abordagens, a partir de diversas áreas do

¹⁷ “Like processes of globalization more generally, the field of international law is defined by a dynamic interplay between the centripetal search for unity and universality and the centrifugal pull of national and regional differences. The balance between these forces of convergence and divergence can also be disrupted by various changes, including technological innovation, changing domestic political preferences, and shifts in geopolitical power”. ROBERTS, 2017, p. 3.

¹⁸ HAFNER-BURTON, Emili M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political Science Research on International Law: The State of the Field. **American Journal of International Law**, Cambridge, v. 106, n. 1, p. 47-97, jan. 2012.

¹⁹ “The current generation of political scientists, like scholars across the social sciences, has focused heavily on the role of institutions, but often political science scholarship has not clearly distinguished the roles of customary international law, formal legal agreements such as treaties, and organizations such as tribunals”. *Ibid.*, p. 48.

²⁰ “Despite the many different traditions in international law, most public international law is concerned about the content of law – such as its reasoning, the phrasing and application of legal obligations and exceptions, and judicial decisions and interpretations, along with the operation of legal institutions.” *Ibid.*, loc. cit.

²¹ *Ibid.*

saber, levam também a resultados díspares. Dessa forma, em se tratando de matéria de interpretações multifacetadas originadas multilateralmente a partir de uma sociedade anárquica de Estados,²² é de extrema relevância averiguar as fontes de direito internacional partindo-se de breve contextualização histórica, cujo ponto de partida pode revelar semelhanças teóricas aptas a esclarecer a ordem jurídica da atual sociedade internacional.

1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Nos séculos XVIII e XIX, Jeremy Bentham voltou suas atenções para a matéria jurídica que buscava explicar as relações de direito próprias da sociedade internacional. De acordo com Ekeløve-Slydal Gunnar, atribui-se a Bentham a definição de termos como “[...] ‘direito internacional’, ‘codificação’ de leis não escritas e ‘maximização’ e ‘minimização’ de felicidade e dor, respectivamente”.²³ Bentham foi responsável por uma série de proposições, com vistas a reformar, entre outras coisas, o processo legislativo como um todo, não só em sua terra natal, a Inglaterra, mas também em outros Estados. Nem sempre bem-sucedido, mas acreditando serem suas propostas aptas a contribuir para o bem comum, passou a compreender que muitas delas eram rejeitadas devido ao fato de que os juristas, em especial os legisladores, mantinham o foco em interesses próprios, em detrimento do interesse coletivo. Isso fez com que prosseguisse em seus estudos, até chegar à concepção de que “[...] para melhorar a sociedade [a lei] deveria ser codificada em princípios sólidos”.²⁴

Embora Bentham dirigisse suas projeções, mormente, para questões de direito criminal, é interessante analisar os ideais de sua teoria no contexto da época em que fora formulada e estabelecer critérios sobre a aplicabilidade da lei internacional em diferentes períodos posteriores. Sinteticamente, o direcionamento dos trabalhos de Bentham ressalta a importância de se proceder a uma internacionalização do direito já no Século XIX – especificamente na segunda década. Bentham, após ter ampliado sua influência sobre as autoridades legislativas de vários países, promoveria um código de lei racionalizado, que

²² BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3. ed. New York: Palgrave, 2002.

²³ “Jeremy Bentham coined terms like ‘international law’, ‘codification’ of unwritten laws, and ‘maximisation’ and ‘minimisation’ of happiness and pain, respectively”. GUNNAR, Ekeløve-Slydal. Jeremy Bentham’s Legacy: A Vision of an International Law for the greatest Happiness of All Nations. In: MORTEN; BERGSMO; EMILIANO, Buis. **Philosophical Foundations of International Criminal Law**: Correlating Thinkers. Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2018. p. 429-485, p. 430.

²⁴ “He argued that for law to become a tool for improving society and preventing crime, it had to be codified based on sound principles”. *Ibid.*, p. 431.

pudesse “[...] servir de modelo para todas as nações com opiniões liberais”.²⁵ Como se percebe, o pensamento de Bentham transporta-se ao âmbito da aplicação da lei no plano internacional, ainda que voltado mais aos Estados europeus.

Em se tratando de contextualização, do ponto de vista epistemológico, a narrativa histórica também deve ser levada em consideração para a análise da construção do direito internacional. Nesse sentido, verifica-se a importância da análise sobre os processos de colonização e descolonização na gênese e formação do direito internacional, inclusive para que se possa compreender por que, mesmo sendo universal, traz consigo (mesmo na contemporaneidade, e com grande intensidade) o signo europeu.

Jörn Kämmerer e Paulina Starski buscam decifrar a gênese do direito internacional a partir do contexto do colonialismo. Para os autores, os quais recordam de que a colonização do século XIX foi realizada predominantemente pelas nações europeias, é indubitável “[...] que esses poderes reivindicavam o direito exclusivo de moldar a ordem jurídica global”²⁶ e que o colonialismo demonstra que as fontes do direito internacional foram concebidas exclusivamente pela Europa ocidental, a partir de suas crenças. Argumentam ainda que este cerramento em nicho europeu teve suas origens em um período ainda mais remoto, o qual denominam como “direito internacional imperial”, em fase ainda pré-colonial. Nas palavras dos autores:

Os “membros” da sociedade internacional legisladora decidiam quem tinha o direito de participar dela, mas também negavam aos não membros a capacidade de estabelecer suas próprias ordens igualmente válidas, reivindicando o monopólio para si. Entidades e povos não europeus foram reduzidos a objetos pelo desígnio do Direito Internacional imperial.²⁷

Apresenta-se aí a noção de reivindicação de exclusividade da aplicabilidade legal pelos europeus, já em tempos remotos, da qual se infere que o manejo exclusivo da ‘lei’ internacional seria o estopim levado a cabo para justificar o colonialismo no século XIX.

A percepção da construção do direito internacional na época colonialista leva a crer que, em algum momento, houve uma ruptura, pois, em período pré-imperial, as sociedades se

²⁵ “[...] developed extensive contacts with legislative authorities in a range of countries to promote a rationalised code of law which could serve as a model for all nations with liberal opinions”. *Ibidem*, p. 432.

²⁶ “[...] that these powers were claiming the exclusive right of shaping the global legal order is undisputed”. KÄMMERER, Jörn Axel; STARSKI, Paulina. Imperial Colonialism in the Genesis of International Law – Anomaly or Time of Transition? *MPIL Research Paper Series*, [S. l.], n. 12, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3nrfoXx>. Acesso em: 23 fev. 2022. p. 1.

²⁷ “The ‘members’ of the law-making international society decided on who was entitled to participate in it, but they also denied non-members the capacity to establish their own, equally valid orders, claiming a monopoly for themselves. Non-European entities and peoples were reduced to objects by the design of imperial international law”. *Ibid.*, p. 2.

moldavam em contextos absolutamente à parte da noção de exclusividade. Kämmerer e Starski são enfáticos ao argumentar que, de fato, eram nulas as reivindicações de exclusividade no período pré-imperial. Com efeito, indagam que, no referido período, é bem possível que modelos relativistas ou pluralistas vigoravam e que os sistemas jurídicos independentes eram reconhecidos em pé de igualdade. Daí decorrem algumas importantes conclusões: que os europeus poderiam ter ciência de que existia uma ordem jurídica global pré-colonial; que, a partir daí, o pluralismo não teria representado nenhum óbice ao alegado direito de colonizar; e, caso comprovada a última alegação, que a mudança de paradigma de uma ordem pluralista para uma de exclusão representaria um retrocesso às relações jurídicas globais do período.

Assim, analisando-se a partir da ‘teoria da constrição’ e da ‘teoria da expansão’, forjada por Kämmerer e Starski, pode-se compreender a descolonização como a gênese de uma ordem verdadeiramente global:

Da primeira perspectiva – que podemos chamar de ‘teoria da constrição’ – a descolonização do século XX é o retorno ao estado original, ‘normal’ das relações jurídicas globais. Para a ‘teoria da expansão’, antagonista, a colonização primeiro unificou o Direito Internacional, enquanto apenas a descolonização acabou por induzir o elemento de participação universal. (grifo dos autores).²⁸

A hipótese de uma ordem global pré-colonial/imperial revelaria, dessa forma, a ocorrência de uma ruptura estrutural, indicando ainda ter sido promovida de forma consciente e com a finalidade de realmente europeizar o modelo jurídico internacional. Nesse sentido, afigura-se a percepção existente em uma mentalidade comum, de que a história do direito internacional acompanha a história da própria humanidade – porém, como lembra Martii Koskenniemi, esta é uma concepção voltada à narrativa dos séculos XVIII e XIX, de como a humanidade viria a ser governada por ideias e homens europeus.²⁹ Dessa forma, ainda que na contemporaneidade as disposições sobre o tema tenham sofrido significativas mudanças epistemológicas, o direito internacional advém e se forma a partir da história do que os europeus fizeram ou pensaram em suas relações com outros continentes e povos.³⁰

²⁸ “*Obviously both suggestions are diametrically opposed. From the former perspective – which we may refer to as ‘constriction theory’ – 20th century decolonization is the return to the original, ‘normal’ state of global legal relations. For the antagonist ‘expansion theory’ colonization first unified international law, while Only decolonization eventually induced the element of universal participation into it*”. KÄMMERER; STARSKI, 2016, p. 2.

²⁹ “[...] *and that history, again, largely a narrative of how European ideas and men will come to rule humanity*”. KOSKENNIEMI, Martti. *Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View*. **Temple international and comparative law journal**, [S. l.], v. 27, n. 2, p. 215-240, 2013, p. 221.

³⁰ KOSKENNIEMI, 2013, p. 222.

Como resultado, é quase impraticável elencar fontes do direito internacional que não estejam vinculadas ao contexto até então narrado, uma vez que foram pensadas de forma a funcionar neste sistema, portanto devem ser consideradas no processo de construção histórica do direito internacional. Por outro lado, não se está argumentando que são nulos os ensinamentos provenientes do padrão historicista europeu, visto que muitas dessas fontes representam momentos-chave para o desdobramento de novas e imprescindíveis interpretações. Mesmo Koskenniemi, o qual destrincha essa padronização historicista europeizada em vários de seus estudos, assim o reconhece. A crítica de Koskenniemi repousa, justamente, no tratamento relegado aos demais Estados pelas nações dominantes, conforme se infere:

Não se pode escrever uma história do Direito Internacional sem recorrer a conceitos como *jus gentium*, que imediatamente nos remetem ao modo como a Roma Imperial imaginava suas relações comerciais com os estrangeiros, o povo que arrogantemente relegou à categoria uniforme de não cidadãos de Roma.³¹

Não há propriamente um consenso sobre a exata origem da ordem jurídica internacional. Pode ou não ter existido sob forma diversa em períodos mais remotos, ou ter simplesmente sido fundada como hoje se conhece, a partir da ruptura colonialista. Seja como for, o direito internacional solidificou-se ao longo dos tempos e, apesar de ter se moldado sob uma produção aparentemente centralizada, desenvolveu e teve ampliadas suas margens interpretativas ao ponto de tornar-se ferramenta de uso global.

Como toda ferramenta jurídica, o direito internacional também foi construído a partir de determinadas fontes, as quais se pretende examinar nos tópicos seguintes. No entanto, a fim de evitar repetições desnecessárias, apresentar-se-ão brevemente algumas considerações acerca das fontes gerais do direito, de modo a compreender quais são, particularmente, as fontes do direito internacional.

Primeiramente, nota-se a existência de diferentes níveis de abstração e generalidade em relação aos objetos que servem de referência às fontes do direito. Nessa variação de níveis de abstração e generalidade, argumenta Fábio Shecaira, pode haver certa ambiguidade (ou imprecisão), o que, em princípio, não geraria maiores problemas quanto à aplicabilidade das fontes de direito em si. Por esse motivo, segundo o mesmo autor, o discurso sobre fontes de direito, ou seja, aquilo que se pronuncia sobre elas, em referência à sua identificação em um

³¹ “You cannot write a history of international law without recourse to concepts such as *jus gentium*, which immediately take you back to the way imperial Rome imagined its commercial relations with foreigners, the people it arrogantly relegated to the uniform category of non-citizens of Rome”. KOSKENNIEMI, 2013, p. 222.

sistema jurídico específico, dá-se em nível intermediário de generalidade. Shecaira exemplifica:

[...] os estatutos são exemplos padrão de fontes do direito, mas pode-se também descrever uma determinada legislação (em oposição aos estatutos em geral) como uma fonte do direito; e pode-se até admitir que algo tão específico quanto uma disposição específica em uma lei específica pode ser descrita como uma fonte de direito.³²

Desse modo, o nível de generalidade do objeto relacionado à fonte de direito depende tanto do contexto quanto do objetivo da análise realizada. Significa dizer que as fontes não se confundem com as normas e que estas nutrem-se daquelas. Assim, o dinamismo das fontes pressiona para que haja alterações normativas e também define a maneira como são interpretadas. Argumentou-se, na abertura deste capítulo, que os costumes locais constituir-se-iam em fonte de internacionalização do próprio Direito. Esse viés vem sendo trabalhado há muito tempo, conforme se verifica em artigo publicado por Draper Lewis em 1895, no qual o autor afirma defender a ideia de que o costume “[...] era a raiz de toda lei, e que a aplicação de um costume, ou regra de ação definida em um membro individual de uma comunidade dependia do fato de que por trás do oficial que aplicava a lei estava o desejo ativo ou aquiescência por parte da força bruta da comunidade”.³³

Lewis também observa que o direito remolda-se devido ao dinamismo de suas fontes, arguindo que a lei é fixada em um determinado momento, porém, como “[...] as ideias e desejos dos homens que estão na base da lei nunca permanecem exatamente os mesmos de uma geração para outra, assim a lei, que é apenas a expressão externa dessas ideias e desejos, também se modifica e altera”.³⁴ Esse pressuposto exprime a importância das fontes para o direito, sem as quais dificilmente seria possível progredir em busca de um resultado minimamente justo no âmbito jurídico internacional, que representasse os valores fundamentais da comunidade internacional. Significa dizer que, embora, em termos gerais, as fontes do direito também se engendrem em uma sociedade específica, levando em conta os

³² “Statutes are standard examples of sources of law, but one might also describe a particular piece of legislation (as opposed to statutes in general) as a source of law; and one might even admit that something as specific as a particular provision in a particular statute can be described as a source of law”. SHECAIRA, Fábio Perin. Sources of Law Are not Legal Norms. *Ratio Juris*, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 1-16, 2015, p. 2.

³³ “[...] that custom was the root of all law, and that the enforcement of a custom, or definite rule of action on an individual member of a community depended on the fact that back of the officer who enforced the law was the active desire, or acquiescence, on the part of the brute force of the community that it should be enforced”. LEWIS, Draper. The Ultimate Sources of the Development of the Law. *The American Law Register and Review*, [S. l.], v. 43, n. 10, p. 646-653, 1895, p. 646.

³⁴ “At any one time the law is fixed, but as the ideas and desires of men which lie at the foundation of the law never remain from one generation to another exactly the same, so law, which is but the outward expression of these ideas and desires, also modifies and changes”. *Ibid.*, loc. cit.

costumes locais e valores éticos e morais, elas representam pilares essenciais para a construção de uma ordem jurídica internacional. Seria insuficiente – e mesmo injusto – que algo pretensamente universal se orientasse apenas em um ou outro costume, característico de uma ou outra sociedade constituinte da grande comunidade internacional de Estados.

Toma-se como exemplo a obra de Nares Gupta sobre as fontes de direito da Índia ancestral, em que discorre sobre as fontes do Direito Hindu.³⁵ Na Índia, considera-se como fonte de direito o *Shruti*, que é, para o Hinduísmo, “[...] o conteúdo mais reverenciado da literatura sagrada, considerado produto da revelação divina, [cujas] obras são consideradas como tendo sido ouvidas e transmitidas por sábios terrenos, em contraste com *Smriti*, ou aquilo que é lembrado por seres humanos comuns”.³⁶ Nesse contexto, Gupta estabelece uma breve analogia com os juristas romanos e os legisladores hindus, apta a demonstrar, de forma clara, como se operam as fontes do direito em sociedades distintas:

[...] os juristas romanos geralmente concordam em referir a origem de todo direito ao acordo das pessoas e passam a testar as fontes do direito pela aplicação desse critério, perguntando, a saber, até que ponto a fonte em questão pode ser considerada como expressão da vontade comum do povo. Assim também todos os legisladores hindus concordam em referir a origem da lei a um *Sruti* ou conhecimento eterno revelado, uma suposição que, no que diz respeito à lei propriamente dita, é quase reconhecidamente sem qualquer fundamento. A partir dessa suposição, os juristas hindus geralmente passam a testar as outras fontes do direito considerando até que ponto essas fontes podem ser confiáveis para dar o ensinamento do *Sruti*.³⁷

Revela-se, portanto, que as fontes do direito não se confundem apenas e tão somente com a norma positivada, sendo, antes, suporte para sua constituição. Ressalta-se que as normas também não devem ser compreendidas pura e simplesmente como originadas a partir de costumes independentes da vontade soberana, isto é, qualquer que seja a fonte do direito, ainda assim estará ela vinculada à vontade soberana apta a interpretá-la e torná-la positivada. Isso não quer dizer, segundo sustenta William Markby, que o direito consuetudinário deva ser tratado apenas como um ramo do direito feito pelo juiz, e não como uma fonte independente

³⁵ GUPTA, Nares Chandra. **Sources of Law And Society In Ancient India**. Calcutá: Art Presse, 1914.

³⁶ “*The most-revered body of sacred literature, considered to be the product of divine revelation. Shruti works are considered to have been heard and transmitted by earthly sages, as contrasted to Smriti, or that which is remembered by ordinary human beings*”. BRITANNICA. *Shruti Hindu Sacred Literature*. **Enciclopédia Britannica**, [S. l.], [201-?].

³⁷ “*The Roman jurists generally agree in referring the origin of all law to the agreement of people and proceed to test the sources of law by the application of that criterion, by asking, viz., how far the source in question may be regarded as expressing the common will of the people. So also the Hindu lawgivers all agree in referring the origin of law to a Sriiti or Eternal revealed knowledge, an assumption which, so far as law proper is concerned is almost admittedly without any foundation. Starting with that assumption the Hindu jurists generally proceed to test the other sources of law by considering how far those sources may be relied upon to give the teaching of the Sruti*”. GUPTA, *op. cit.*, p. 1-2.

de direito.³⁸ Essa ressalva importa na medida em que o direito consuetudinário mantém fortes relações com o direito internacional e também para demonstrar que essas são compreensões manifestadas desde tempos remotos, haja vista a obra de Markby ter sido publicada ainda em 1871, o que indica certas prevalências teóricas em longínquos contextos.

Desse modo, ante os temas anteriormente abordados, acredita-se já ser possível fazer algumas ponderações acerca das fontes que suprem especificamente o direito internacional, levando-se em conta que seu conteúdo substancial compartilha os fundamentos conceituais das fontes do direito em geral. Isso ocorre porque qualquer sistema jurídico deve constituir-se de fontes, conforme observa Ori Pomson,³⁹ as quais, como se verá, dividem-se em materiais e formais, tal qual o próprio direito internacional.

Pomson afirma ainda que, embora em nível mais abstrato, as fontes do direito internacional digam respeito às normas que regem a conduta dos Estados e as relações entre estes, isso não significa que seu alcance se encerra nessa perspectiva.⁴⁰ Assim, ainda que os Estados figurem como “sujeitos principais do direito internacional”, indivíduos e até mesmo pessoas jurídicas são considerados sujeitos passíveis de direitos (e obrigações) nesse âmbito.⁴¹

Esses aspectos analíticos contemporâneos das fontes do direito internacional, no entanto, apoiam-se principalmente em normas surgidas em período posterior à II Guerra Mundial. Conforme aponta Lucas Lima, previamente à fundação da UN, conduzia-se a resolução de conflitos entre Estados essencialmente pela arbitragem internacional, cujas contradições revelariam a urgência de uma forma de apreciação jurídica internacional mais isenta, culminando então com a criação da Corte Permanente de Arbitragem, a partir das Convenções da Paz de Haia (1899 e 1907) e sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça (International Court of Justice – ICJ).⁴²

O Estatuto da Corte consta como anexo da Carta das Nações Unidas, a qual é taxativa em seu art. 92: “A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte

³⁸ “*But it does not follow from this, as it appears to me, that customary law is to be treated merely as a branch of judge made law, and not as an independent source of law*”. MARKBY, William. **Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1871, p. 33.

³⁹ POMSON, Ori. **A Basic Introduction to the Sources of International Law**. Cambridge: University of Cambridge, 2015, p. 1.

⁴⁰ “*Concerns norms that govern the conduct of States and the relations between them. That isn't to say that international law's reach does not go beyond the rights and obligations of States. Nevertheless, States continue to be the main subjects of international law*”. *Ibid.*, loc. cit.

⁴¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴² LIMA, Lucas Carlos. O Surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 8, n. 1, 2013, p. 17.

Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta”.⁴³ Para Pomson, esse documento constitui “[...] a declaração mais aceita das fontes de Direito Internacional”,⁴⁴ extraídas do art. 38:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁴⁵

Embora a lista contida no art. 38 seja aparentemente clara e exaustiva, não há uma interpretação homogênea a esse respeito. Pomson reconhece que, mesmo estando claras as principais fontes do direito internacional, a complexidade está no trabalho de identificá-las.⁴⁶ Conforme argumenta Antonio Augusto Cançado Trindade, uma das causas geradoras desse problema seria a postura dos juristas internacionais em inclinar-se demasiadamente para uma visão positivista, ou seja, a carência de análises materiais. Afirma o jurista que “[...] parte da doutrina jurídica internacional [...] excluiu do exame da formação do direito internacional o substrato das normas jurídicas: as crenças, os valores, a ética, as ideias e as aspirações humanas”.⁴⁷ Disso resultam imprecisões e desequilíbrios de aplicabilidade e validade entre fontes formais e materiais do direito internacional.

Ante o exposto, buscar-se-á a identificação das fontes de direito internacional, de suma importância para os objetivos do presente estudo. Acredita-se, *prima facie*, não ser possível avançar em questões fundamentais de interesse da ordem jurídica internacional sem que seja dado o devido valor operacional a questões principiológicas como o *jus cogens*, por exemplo, a ser aprofundado nos capítulos seguintes.

⁴³ UNITED NATIONS. United Nations Charter. Signed on 26 June 1945, in San Francisco. 1945. UN, New York, [200-?], art. 92 .

⁴⁴ “The most accepted statement of the sources of international law may be found in Article 38(1) to the Statute of the International Court of Justice”. POMSON, 2015, p. 1.

⁴⁵ UNITED NATIONS, *op. cit.*, art. 38, §1.

⁴⁶ POMSON, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁷ “Part of the international legal doctrine has excluded from the examination of the formation of International Law the substratum of legal norms: the beliefs, values, ethics, ideas, and human aspirations”. CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 139.

1.2.1 *Jus gentium* no direito internacional

Determinadas instituições são essenciais aos seres humanos, enquanto partes constitutivas de uma sociedade. Mesmo em regiões estruturadas em função de culturas distintas, observa-se como algumas condições organizacionais se assemelham, indicando ser possível a adoção de condutas que se comunicam. Como formadoras de um eventual conceito jurídico universal, essas condutas comuns prescindem, historicamente, da forma escrita de uma norma ou princípio.

Nesse sentido, Manuel Velasco defende que a sociedade internacional é a base sobre a qual opera o direito internacional, que nasceu em seu seio e se perfectibilizou com o decorrer do tempo pelas diferentes tentativas de organizar essa sociedade por meio do *jus gentium*.⁴⁸ Para Marcelo Varella, por exemplo, o direito internacional público também pode ser chamado de direito das gentes, expressão que decorre do direito romano *jus gentium* e designa “[...] o direito aplicável entre os cidadãos romanos e os estrangeiros ou entre estrangeiros”, consubstanciado em um *corpus* jurídico menos formal, guiado pela equidade. A terminologia foi empregada até o final do século XVIII e substituída por direito internacional público a partir de 1780, esta última cunhada por Jeremy Bentham, quando, em um de seus escritos de maior relevo, distinguiu o ramo da ordem jurídica nacional e municipal.⁴⁹

Segundo leciona Wagner Menezes, foi com o estabelecimento do Império Romano e a afirmação de seus objetivos de expansão e dominação que se arregimentou o *jus gentium* como *corpus* de normas romanas que tinham como destinatários os estrangeiros e povos conquistados, versando sobre temas como a declaração de guerra e a celebração da paz, bem como o tratamento de enviados e emissários.⁵⁰

A terminologia do assim chamado direito das gentes (*jus gentium*) decorre, na lição de Cançado Trindade, do direito romano privado, composto, originalmente, de princípios comuns que orientavam as relações jurídicas de modo geral. Tal conceito passou por redefinições ao longo dos tempos, sendo o *jus gentium* traduzido no século XVI por Francisco de Vitória como conteúdo eficiente para reger as relações de todos os povos, segundo uma visão universalista.

Assim, no contexto das autonomias políticas europeu-medievais tardias ou pré-modernas, houve um enfraquecimento das justificações para a dominação e a expansão

⁴⁸ VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de derecho internacional público**. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

⁴⁹ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

⁵⁰ MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 32.

fundadas nos vínculos papais e imperiais, que subjugavam povos de outras crenças. Paulo Veloso contextualiza que, nessa medida, ações religiosas e militares deflagradas contra populações não cristãs tiveram seu conteúdo moral (a questão da infidelidade) fragilizado pela racionalização. Nesse sentido, “[...] o ponto de balizamento jurídico desloca-se gradativamente da condição religiosa dos indivíduos [...] para a sua condição enquanto seres humanos integrantes de comunidades políticas reconhecidas enquanto tal e tributárias das regras de *jus gentium*”.⁵¹

Percebe-se, na doutrina jurídica de Vitória, que o influxo do Novo Mundo foi decisivo para sua dedicação ao *jus gentium*:

Esse interesse pelas relações das repúblicas europeias entre si e com outros povos é o que conduzirá Vitória a configurar uma ampliação do espaço geográfico por meio da reflexão moral, porém, sobretudo, uma ampliação do espaço mental do qual advirá um novo sistema de relações internacionais que ultrapassa o âmbito europeu e cristão.⁵²

Dessa forma, o novo *jus gentium* – conforme denominação de Cançado Trindade – uniria compreensões jurídicas sociais de povos e culturas diferentes com base não em uma vontade, mas em questões morais assimiladas pela razão humana.⁵³

Em Vitória, a obrigatoriedade das normas do direito das gentes não podia aceitar que uma nação tivesse vantagem às custas de outras. Nesse diapasão, Vitória tem no *jus gentium* a pedra angular da lei e da justiça entre todos os países e seres humanos, e o comportamento universal, por sua vez, é assentado na primazia da comunidade sobre seus indivíduos, sendo certo que “[...] a finalidade do direito das gentes a respeito da sociedade universal é a consecução do bem comum da humanidade”.⁵⁴

De acordo com Juliana Neuenschwander Magalhães, escolásticos espanhóis desenvolveram teoricamente a ideia de que a ordem internacional era possível pela reunião natural de Estados soberanos e de que a sociabilidade humana produziria tal sociedade universal de homens e nações:

Todos os Estados, cristãos ou não (como os do Novo Mundo), portariam igualmente esse direito. Vitória, Suárez e, mais adiante, no século XVII, Hugo Grócio, teorizaram a sujeição de todo o gênero humano ao *ius gentium*, sendo que, para estes

⁵¹ VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. Paulus Vladimiri. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 53-97, p. 58.

⁵² URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitória. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 127-150, p. 128.

⁵³ TRINDADE, 2010, p. 9.

⁵⁴ URBANO, *op. cit.*, p. 139.

autores, todos os Estados são igualmente soberanos, ainda que subordinados a um só Direito das Gentes. Inaugurou-se, assim, a tradição do Direito Internacional, possibilitada graças à assunção do princípio da soberania como estruturante de uma política segmentária: segmentada em Estados, todos igualmente soberanos.⁵⁵

Por conta disso, todos os seres humanos, independentemente do povo ao qual pertencessem, seriam beneficiários deste instituto, ainda que dele não tivessem conhecimento. Percebe-se, então, que o *jus gentium* relaciona-se com a noção de direito natural. Segundo Shaw, não seria possível a Roma avançar em seus ideais expansionistas sem que deixasse de lado a noção cerrada do direito romano primitivo, o *jus civile* (direcionado exclusivamente aos cidadãos romanos), e adotasse progressivamente a conceituação do *jus gentium*. De fato, o autor argumenta que, com o passar do tempo, o *jus civile* daria espaço ao *jus gentium*, que acabaria por se tornar uma lei corrente e de aplicação universal.⁵⁶ Assim, observa Shaw, por influência direta da concepção grega acerca do Direito Natural, esses ideais gregos acabaram incorporados por filósofos romanos “[...] em suas próprias teorias jurídicas, muitas vezes como uma espécie de justificação última do *jus gentium*”.⁵⁷

Certos institutos romanos, lembra Zadorozhna, impactaram diretamente a formação do direito internacional, entre os quais o *jus gentium* pode ser reconhecido como sua fonte primeira. Ao se analisar o direito de propriedade romano, por exemplo, essa perspectiva se torna mais clara. De acordo com o autor, em sua fase inicial, o direito romano era regulamentado por normas privadas, justamente pelo desconhecimento, à época, da cisão entre as relações em ‘público’ e ‘privado’. Nesse sentido, as disputas sobre o território e seus limites eram resolvidas no direito básico da propriedade, desenvolvendo-se constantemente, até finalmente ocorrer a citada ruptura entre o *jus civile* e o *jus gentium*.⁵⁸

Dessa divisão, o direito romano, em seu sentido amplo, viria a englobar, além do direito civil, o direito natural e o direito das gentes, que determinariam mais tarde o âmbito do direito público. Dado que o *jus naturale* compunha, em todas as suas manifestações, uma gama de direitos irrevogáveis e visto que sua admissão suportava a própria aplicabilidade do direito das gentes, este comportava, segundo Svitlana Zadorozhna, duas normas naturais: as normas naturais (a natureza do homem) e as normas socialmente necessárias (necessidades de

⁵⁵ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.

⁵⁶ SHAW, 2017, p. 12-13.

⁵⁷ “Certain Roman philosophers incorporated those Greek ideas of Natural Law into their own legal theories, often as a kind of ultimate justification of the *jus gentium*”. *Ibid.*, p. 13.

⁵⁸ ZADOROZHNA, Svitlana. Jus Gentium and the Primary Principles of International Law. **European Journal of Law and Public Administration**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 157-166, 2019, p. 160-161.

coabitação), ou então direitos naturais e direitos positivos dos povos, categoria que definiria, nos séculos XVI e XVII, o próprio *jus gentium* como direito internacional positivo.⁵⁹

Exprime-se, por conseguinte, a importância de Francisco de Vitória ter compreendido a imutabilidade do direito natural, que, sendo relativamente flexível, possuía capacidade de adequar-se a determinadas circunstâncias. Nesse sentido, como aponta Adriano Broleze, os textos de Vitória indicavam o jusnaturalismo como questão decisiva, compreendendo que o direito natural influenciava uma lei positiva, em cada época e conjuntura. Deve-se levar em conta que as fundamentações do direito, no contexto histórico de Francisco de Vitória, provinham do direito canônico, mas há uma quebra de paradigma quando este desenvolve seu pensamento de levar adiante a noção de interdependência, de colaboração entre as nações, isto é, sua visão do Cristianismo é calcada na alteridade, no bem comum, segundo o direito natural.⁶⁰

Procede-se, então, ao aspecto ulterior do que se tornaria o direito internacional contemporâneo, a partir de um primeiro tipo normativo de todas as gentes, compreendido por Francisco de Vitória com sendo o próprio *jus gentium* reformulado. Tornar-se-ia o direito regente do comum acordo entre nações, mas superando a percepção de relações puramente estatais.

Certos teóricos, como Georges Scelle, sustentavam que o *jus gentium* não deveria ser um direito entre Estados, mas um direito entre indivíduos de todo o mundo relegado à figura estatal, criação da ficção humana fadada ao desaparecimento com o passar do tempo.⁶¹ Scelle integrava a corrente solidarista francesa, que partia do estudo da realidade social, da vida em sociedade e em regime de colaboração, para quem as instituições jurídicas tinham uma origem e uma função eminentemente sociológicas.⁶²

Nesse diapasão, pode-se concordar com a afirmação do caráter sociológico do Direito, pois, no caso do direito internacional, este ocupava-se, desde a sua gênese, das relações jurídicas e negociações estabelecidas na sociedade internacional, “[...] que aos poucos foi se traduzindo em norma costumeira e reconhecida por todos.”⁶³ É cediço, porém, que no direito internacional permanece o Estado como sujeito de maior importância.

⁵⁹ “*Jus gentium had two natural norms – natural (the nature of man) and socially – necessary (needs of cohabitation), or otherwise natural and positive rights of peoples*”. ZADOROZHNA, 2019, p. 161.

⁶⁰ BROLEZE, Adriano. *Ius gentium: o direito internacional em Francisco de Vitória*. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 406-432, 2017, p. 415-416.

⁶¹ VARELLA, 2016.

⁶² VELASCO, 2013.

⁶³ MENEZES, 2005, p. 32.

Como sustenta Veloso, “[...] o *jus gentium* nasce da prática e as alterações que esta revela são, se não imediatamente, ao menos profundamente refletidas em sua teorização”.⁶⁴ Importante salientar que a flexibilidade inerente à noção do direito das gentes tornou possível distorções interpretativas em favor de instituições hoje inaceitáveis, a exemplo da escravidão no contexto do colonialismo.⁶⁵ Portanto, “o caminhar para a universalidade”, descrito por Cançado Trindade, levou à concepção fundante do direito internacional, um autêntico *droit des gens*. Esse novo *jus gentium*, sobre o qual repousa a humanização do direito internacional contemporâneo, segundo uma visão universalista, lembra assim o pensamento dos fundadores do direito das nações.⁶⁶ Nota-se, a partir daí, a subsistência desse direito calcado em princípios aos quais se atribui destacada importância no direito internacional, conforme se descreverá nos itens seguintes.

1.2.2 Fontes formais e fontes materiais na composição do direito internacional

Nota-se uma distinção jurisprudencial tradicional entre fontes formais e materiais do direito. As fontes materiais derivam, por assim dizer, de fatores de influência a partir da tomada de decisões judiciais, segundo argumenta Shecaira.⁶⁷ Nesse contexto, infere-se que as fontes materiais, além de servirem como fundamento para interpretações que levam às normas positivadas, também podem ser resgatadas a qualquer momento para auxiliar o julgador em sua tomada de decisões.

Diante da enorme quantidade de casos a serem apreciados pelos tribunais, de forma geral, é comum que as análises daqueles menos complexos sejam baseadas em métodos interpretativos textualistas, ou seja, o direcionamento dado por certos textos de lei resolveria, por si só, grande parte dos casos. Ocorre que há também casos de alta complexidade, sobre os quais se questiona se o textualista seria o melhor método de apreciação, haja vista existirem casos concretos que não se resolvem por mera aplicação da norma positivada. Isso significa que os positivistas veriam sua liberdade interpretativa pelo método textualista, em certa

⁶⁴ VELOSO, 2014, p. 93.

⁶⁵ Interessante como Ernani Guarita Cartaxo trabalha com a historicidade da aplicação do *jus gentium*, indicando distorções em relação a seu uso em períodos singulares, como o colonial. Para maiores informações acerca destas perspectivas. Cf.: CARTAXO, Ernani Guarita. Conceito clássico e post-clássico do *jus naturale* e do *jus gentium*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, p. 28-47, 1953.

⁶⁶ “The *droit des gens*; the humanization of contemporary International Law, pursuant to a universalist outlook, is thus remindful of the thinking of the founding fathers of the law of nations”. TRINDADE, 2010, p. 13.

⁶⁷ “There is a traditional jurisprudential distinction between formal and material sources of law. Material sources include any factor which causally influences judicial decision-making”. SHECAIRA, 2015, p. 4.

medida, limitada,⁶⁸ pois outras questões não formais apresentariam condições indispensáveis para a resolução de problemas complexos.

Cançado Trindade percebe a indispensabilidade da fonte material, a qual entende ser “[...] o substrato metajurídico de onde as primeiras se originam de fato [...]”, argumentando que está “[...] inelutavelmente ligada, em última instância, à questão da própria validade das normas de direito internacional”.⁶⁹ Percebe-se como, internamente, em uma sociedade específica, as fontes materiais são mais facilmente observáveis, até porque, nessas condições, fatores sociológicos, econômicos e psicológicos locais podem ser melhor analisados antes da positivação das normas jurídicas internas. Então, constata-se que as fontes materiais são ainda mais sensíveis para o direito internacional, pois Estados historicamente formados por culturas diversas, ao se enfrentarem no âmbito da ordem jurídica internacional, acabam por amplificar a complexidade interpretativa a partir de seus sistemas jurídicos internos e das formas teleológicas que lhes são próprias.

Quanto às fontes formais, pode ser dito que mesmo estas não se limitam expressamente pelo art. 38. 1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anteriormente transcrito. Assim, percebe-se que esta provisão no Estatuto não representa a totalidade das fontes formais. Acompanhando esse pensamento, Shagufta Omar considera importante a fixação de uma base normativa que sirva como ponto de partida para as fontes formais, afirmando que isso não significa, necessariamente, que aquelas enumeradas no Estatuto estão expressas em uma lista exaustiva.⁷⁰ Com efeito, argumenta:

[...] a própria concepção do referido artigo 38 parecia insuficiente para atender às necessidades sociais que deveriam ser levadas em conta pelo Direito Internacional da época. Deve-se ter em mente que o artigo 38, no entanto, nunca teve a intenção de constituir uma formulação obrigatória e exaustiva das ‘fontes’ do Direito Internacional, mas apenas um guia para o funcionamento judicial do Tribunal de Haia.⁷¹

Sobre as fontes de direito em geral, Robert Jennings e Arthur Watts afirmam que estas estão relacionadas às normas constituintes do sistema e ao processo pelo qual a norma passa a

⁶⁸ SHECAIRA, 2015, p. 4-5.

⁶⁹ “[...] *its so-called material ‘source’, that is, the substratum – metajuridical – wherefrom the former are originated in fact, the material ‘source’ referred to is, in its turn, ineluctably linked, ultimately, to the question of the validity itself of the norms of International Law*”. CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 113.

⁷⁰ OMAR, Shagufta. Sources of International law in the light of the Article 38 of the International Court of Justice. *Papers SSRN*, [S. l.], jul. 2011, p. 6.

⁷¹ “*The very conception of the aforementioned Article 38 appeared insufficient to fulfil the social needs that should be taken into account by the International Law of the epoch. It is to be kept in mind that Article 38, however, was never intended to constitute a mandatory and exhaustive formulation of the ‘sources’ of International Law, but only a guide to the judicial operation of the Hague Court.*” CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 114-115.

ser identificável como norma do direito. As fontes não se confundem, segundo os autores, com a base do direito, mas se relacionam necessariamente com a base do sistema jurídico como um todo. Para distinguir as fontes, Jennings e Watts alegam que a fonte formal é aquela da qual deriva a validade jurídica a norma jurídica, conquanto a fonte material é a que fornece o conteúdo fundamental dessa norma. Os autores tecem tais considerações mencionando que a fonte formal de uma norma específica “[...] pode ser o costume, embora sua fonte material possa ser encontrada em um tratado bilateral concluído muitos anos antes, ou na declaração unilateral de algum Estado”.⁷²

Não é difícil perceber, em vista do exposto até então, as causas de muitas das mixórdias terminológicas. Compreende-se, outrossim, que as doutrinas têm sua parcela de culpa nestas imprecisões, principalmente porque delas decorre a falsa impressão de que as fontes são decisivamente propensas ao positivismo, o que implica mitigar o importante e indispensável desempenho das fontes materiais na produção não apenas das normas do direito internacional mas do ordenamento jurídico como um todo.

Tendo-se discorrido de forma breve sobre as fontes formais e materiais, serão analisadas, a seguir, as especificidades do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o qual, como visto, comporta algumas reflexões mais aprofundadas.

1.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Conforme visto anteriormente, o artigo 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça apresenta um rol considerado pela doutrina majoritária como exemplo expresso de fontes formais do direito internacional. Porém, ao mesmo tempo, sabe-se da existência de outras fontes formais externas ao Estatuto, cujos enunciados indicam sua natureza como tal. Entretanto, antes de se trazê-las ao debate, deve-se compreender alguns pormenores relacionados às fontes enumeradas no art. 38 (1).

A tendência da literatura jurídica de direito internacional possui, como ponto de partida, o art. 38 (1) do Estatuto da Corte, levando a crer que, em seu rol, figuram fontes

⁷² “The sources of law, on the other hand, concern the particular rules which constitute the system, and the processes by which the rule become identifiable as rules of law. The sources of the rules of law, while therefore distinct from the basis of the law, are nevertheless necessarily related to the basis of the legal system as a whole. [...] is the source from which the legal rule derives its legal validity, while the latter denotes the provenance of the substantive content of that rule. Thus, for example, the formal source of a particular rule may be custom, although its material source may be found in a bilateral treaty concluded many years previously, or in some state’s unilateral declaration.” JENNINGS, Roberts; WATTS, Sir Arthur. **Oppenheim’s International law**. 9. ed. Burnt Mill: Longman, 1996. v. 1, p. 23.

fundamentais, isto é, que servem de base para todas as demais. Dificilmente questiona-se o referido artigo como sustentáculo principal, ainda que alguns trabalhos informem fontes suplementares. Nesse sentido, Jörg Kammerhofer afirma que, basicamente, existem duas linhas teóricas sobre o art. 38: “A primeira defende que a disposição da Carta das Nações Unidas é a de que se trata de norma com força vinculativa, enquanto a segunda entende que a disposição também reconhece normas que não são da Carta”.⁷³

Dessa forma, para o primeiro grupo de teóricos, o próprio Estatuto concede validade às demais normas, tornando-as parte integrante do direito internacional. Kammerhofer afirma não acreditar nesta teoria, sob o argumento de que podem existir outras fontes à parte do artigo 38 (1), bem como entendimentos que não o alocam como fundamento doutrinário primordial do direito internacional.⁷⁴

Por sua vez, Rüdiger Wolfrum argumenta que o *caput* do art. 38 (1) justificaria a adesão à primeira teoria, ou seja, a própria disposição daria a entender se tratar de uma lista de fontes, porém essa ilação acaba por desconsiderar o objetivo da disposição, já que cabe aos Estados decidirem o que de fato constitui o direito internacional.⁷⁵ O autor defende que, por exemplo, decisões vinculantes de Organizações Internacionais e atos unilaterais não constam no artigo em discussão, muito embora sejam reconhecidas como fontes do direito internacional. Assim, a questão a ser determinada não é se o rol do art. 38 (1) estipula as únicas fontes do direito internacional, mas sim que, com o passar do tempo, novas fontes podem surgir e devem ser consideradas em pé de igualdade em relação àquelas, tendo-se em vista que não haveria previsão de hierarquia entre fontes, não obstante os tribunais internacionais priorizarem os tratados.⁷⁶ A propósito, em relação à ausência de hierarquia entre as fontes, afirma Wolfrum:

Para além das disposições consideradas *jus cogens*, não existe essa hierarquia. É facilmente concebível que a mesma matéria seja regida por tratados, bem como pelo Direito Internacional consuetudinário e que essas regras coexistam ou que o Direito Internacional consuetudinário esteja complementando o direito dos tratados. A

⁷³ “The latter position is that the provision recognizes non-Charter norms while the former position is that the Charter provision is the norm-giving binding force”. KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 523-553, jun. 2004, p. 541.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 541-542.

⁷⁵ WOLFRUM, Rüdiger. **Sources of International Law**. Oxford: MPEPIL, 2011, p. 3.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 4.

relação entre as fontes deve ser estabelecida caso a caso, recorrendo-se aos princípios de interpretação estabelecidos no Direito Internacional [...].⁷⁷

É notório o desenvolvimento do direito internacional, assim como sua constante mudança e inevitável reestruturação, principalmente a partir da II Guerra Mundial. O que era uma matéria regente das relações entre Estados e Organizações Internacionais, e entre estas e os particulares, passou a incluir, contemporaneamente, outros sujeitos, expandindo, portanto, suas noções tradicionais para conferir direitos e obrigações a Organizações Internacionais intergovernamentais e até mesmo a indivíduos.⁷⁸

Dessa lógica, surgem algumas interpretações: alguns sustentam que o art. 38 se refere às principais fontes do direito internacional, ao passo que outros as classificam como únicas. Entretanto, algumas considerações se fazem necessárias. Primeiramente, como revela o *caput*, a Corte aplicará, para decidir as controvérsias que lhe forem submetidas, as convenções ou tratados internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Estas três primeiras alíneas são geralmente referenciadas como sendo as fontes primárias. As convenções, ou tratados, surgem, portanto, como a primeira fonte de direito internacional; sempre que uma disputa internacional se manifesta, recorre-se antes à tarefa de encontrar convenções propícias à resolução do caso. Daí a falsa impressão de que existiria – malgrado minoritariamente – hierarquia entre fontes. Importante reiterar que os tratados surgem para reger condutas mútuas, que, por sua vez, eram provenientes de um costume.⁷⁹

Existem certas formalidades quanto à interpretação dos tratados, as quais estão previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), em sua Seção 3, que versa sobre a ‘Interpretação de Tratados’. Apenas para exemplificar, o art. 31 da referida Convenção dispõe que “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.⁸⁰

A alínea ‘b’ do art. 38 (1) do Estatuto incorpora ao rol das fontes o “costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”. De acordo com Pomson, são dois os elementos referentes ao direito consuetudinário: “[...] a prática do Estado

⁷⁷ “*Apart from those provisions which are considered jus cogens, no such hierarchy exists. It is easily conceivable that the same matter is governed by treaty as well as customary international law and that these rules coexist or that customary international law is supplementing treaty law. The relationship between the sources is to be established on a case-by-case basis by having recourse to the established international law principles of interpretation [...]*”. WOLFRUM, 2011, p. 4.

⁷⁸ “[...] *expands the traditional notions of international law to confer rights and obligations on intergovernmental international organizations and even on individuals*”. OMAR, 2011, p. 4.

⁷⁹ OMAR, 2011, p. 6.

⁸⁰ UN, 1969.

e a crença de que tal prática é obrigatória para o Estado por uma questão de direito”,⁸¹ sendo o segundo critério a *opinio juris*. Esta alínea, que inclui questões sobre a *opinio juris*, será discutida em tópico próprio. Sinteticamente, o primeiro elemento, a ‘prática estatal’, refere-se à maneira como se dão as ações de um funcionário ou órgão do Estado, isto é, pode envolver ações físicas dos Estados e declarações feitas por seus funcionários, bem como ser encontrada na legislação de um Estado e nas decisões judiciais de seus tribunais.⁸² Já o *opinio juris* está mais relacionado à crença de que algo é ou pode vir a se tornar lei.

Em seguida, o artigo traz, em sua alínea ‘c’, “os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. Conforme aponta Omar, juristas contemporâneos têm entendido que se trata de princípios de direito comuns a todos os sistemas jurídicos nacionais, na medida em que são aplicáveis às relações dos Estados.⁸³ Wolfrum explica que o termo ‘princípios’ possui duas possíveis perspectivas no contexto legal: 1) princípios metajurídicos, aqueles que surgem a partir de um discurso filosófico ou ético e então são introduzidos em um sistema normativo; e 2) princípios inerentes ou desenvolvidos a partir de um determinado corpo de leis ou leis em geral.⁸⁴

Para Pomson, esta fonte talvez seja a que gere maiores incertezas quanto à sua aplicabilidade e significado, além de ser polêmica, devido à conotação colonial do termo ‘nações civilizadas’.⁸⁵ Estritamente no que concerne à sua função como fonte de direito internacional, Wolfrum também enxerga certa imprecisão. Conforme o autor, tais princípios são utilizados pelos tribunais internacionais, bem como pelos regionais, como ferramenta interpretativa ou como fonte de obrigações concretas, não sendo possível, segundo ele, desassociar as duas funções de forma clara.⁸⁶ De acordo com Pomson, podem-se incluir nesta espécie de fonte os princípios gerais instituídos internamente pelos Estados.⁸⁷

Finalmente, contemplam-se as duas últimas fontes contidas no art. 38 (1), que, como descrito pela própria disposição, são compreendidas como auxiliares ou secundárias. Dessa forma, são dispostas como quarta e quinta fontes, respectivamente, as decisões judiciais e a

⁸¹ “*State practice and the belief that such a practice is obligated upon the State as a matter of law.*” POMSON, 2015, p. 4.

⁸² “[...] may involve inter alia physical actions of States and statements made by its officials and may be found in a State's legislation and its courts' judicial decisions”. Ibidem, *loc. cit.*

⁸³ “*Most modern jurists accept that ‘general principles of law’ are principles of law common to all national legal systems, in so far as they are applicable to relations of States.*” OMAR, 2011, p. 9.

⁸⁴ WOLFRUM, 2011, p. 8-9.

⁸⁵ “*It also suffers from controversy due to the colonial connotation of the term ‘civilized nations’.*” POMSON, *op. cit.*, p. 7-8.

⁸⁶ “[...] as an interpretative tool or as a source of concrete obligations”. WOLFRUM, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁷ POMSON, *op. cit.*, p. 8.

doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito.

As decisões judiciais, que não criam leis, como esclarece Omar, sendo, no entanto, declaratórias de direito preexistente, são classificadas como fontes indiretas, identificadoras de direito ou fontes materiais de direito. Dessa forma, não obstante serem consideradas subsidiárias, possuem importante papel, estando capacitadas para determinar a “[...] existência das normas jurídicas e seu conteúdo”.⁸⁸

Por fim, em relação à doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, Omar traz algumas importantes considerações. Em síntese, segundo o autor, a doutrina à que se refere esta última fonte, disposta pelo art. 38, não deve ser interpretada de forma muito ampla, visto que, contemporaneamente, nem mesmo os mais renomados juristas internacionais podem criar leis. Esta fonte refere-se estritamente aos autores com absoluta influência histórica para o direito internacional. Nesses termos, tem-se que “[...] hoje os escritos jurídicos são considerados apenas uma fonte material ou comprobatória [e] livros didáticos são usados como um método de descobrir o que é a lei em qualquer ponto específico, e não como fonte de regras reais”.⁸⁹

Dadas as considerações elaboradas neste tópico, pode-se concluir que as fontes formais dispostas pelo art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não são meramente informativas, mas inerentes à própria formação do que se pode se chamar direito internacional contemporâneo. À vista disso – e sendo patente que algumas fontes requerem maior atenção quanto ao seu conteúdo para os fins do presente estudo –, será dedicado tópico específico para tratar sobre os costumes, especialmente no que diz respeito à prática reiterada e à *opinio juris*, as quais serão discutidas em conjunto.

1.3.1 Costumes, prática reiterada e *opinio juris*: discussões acerca da sedimentação das categorias e suas funções no ordenamento

Consoante à obra de Jennings e Watts, por ser o costume a fonte de direito internacional original, configura-se também como uma das mais importantes. Não obstante os tratados serem os primeiros documentos geralmente analisados em uma demanda

⁸⁸ “[...] *declaratory of pre-existing law qualifying them as, indirect, law identifying or material sources of law. [...] judicial decisions are important in the determination of the existence of the legal rules and their content*”. OMAR, 2011, p. 10-11.

⁸⁹ “[...] *today juristic writings are considered a material or evidential source only. Textbooks are used as a method of discovering what the law is on any particular point rather than as the source of actual rules*”. *Ibid.*, p. 11.

internacional, afirmam os autores que, em caso de dúvida, o tratado “[...] interpretado no contexto do direito internacional consuetudinário, na medida em que incorpora uma regra de *jus cogens*, com o qual o tratado está em conflito, de fato prevalecerá sobre o tratado”.⁹⁰ Ou seja, costume fundado em *jus cogens* derroga o tratado.

Conforme exposto no tópico 1.2, o art. 38 (1) do Estatuto da Corte resolveu incorporar ao texto que trata do costume internacional a asserção “[...] como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”, abrindo margens para interpretações equivocadas. Conforme já referido, a prática geral diz respeito à prática do Estado (*State Practice*), sobre a qual Jennings e Watts informam que não se trata apenas da conduta externa de um Estado para com outro mas também da atuação interna de um Estado em relação à sua própria legislação⁹¹ (alinhando-se ao pensamento de Pomson).

Desse modo, se um hábito certo e reconhecido em uma relação mútua entre Estados se torna um direito ou obrigação, a partir de então este hábito passa a gozar das condições elementares para se tornar um costume. Porém, lembra Omar, não basta que tal costume seja seguido continuamente para se tornar uma norma de direito internacional: é necessário o aceite entre os Estados de que tal costume seja juridicamente vinculante, fazendo-se apto para ser considerado, então, uma regra jurídica internacional – *opinio juris*.⁹²

Sobre o tema, José Francisco Rezek traça um panorama bastante elucidativo, desdobrando os elementos do costume em elemento objetivo (material)⁹³ e elemento subjetivo, em que este último se refere justamente à *opinio juris*, enquanto aquele diz respeito à prática reiterada. Nesse contexto, o elemento material surge no próprio texto da alínea ‘b’ do artigo 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sendo ele a prática ou, nos dizeres de Rezek, a ‘repetição’, isto é, a propagação no tempo de um “[...] certo modo de proceder determinada situação fática [...]”, que não remete apenas a uma ação, podendo configurar-se a partir de uma omissão, as quais, segundo as teorias contemporâneas, podem se dar tanto entre Estados quanto entre Organizações Internacionais.

No que se refere ao transcurso do tempo, não há, segundo Rezek, um período determinado, embora historicamente o direito consuetudinário carregue consigo a noção de que, para existirem determinados costumes internacionais, é preciso um longo período de tempo que permita firmá-los quase que definitivamente. Entretanto, este não é mais o

⁹⁰ “[...] interpreted against the background of customary international law, which in so far as it embodies a rule of *jus cogens* with which the treaty is in conflict, will indeed prevail over the treaty”. JENNINGS; WATTS, 1996, p. 26.

⁹¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹² OMAR, 2011, p. 7-8.

⁹³ Não se deve confundir-lo com fonte material do direito internacional.

entendimento da ICJ, para quem o tempo reduzido não representa óbice à concepção de normas internacionais consuetudinárias. Infere-se, todavia, para tal, que a prática deve ser verdadeiramente reiterada.⁹⁴

Prosseguindo em seu argumento, Rezek descreve, então, o que para ele significa a *opinio juris*, evidenciando ser tênue o objeto que distingue o elemento subjetivo do objetivo relativo ao costume. Segundo o autor, a *opinio juris* surge quando a repetição procedimental ocorre por mero hábito, moda ou praxe. Dessa forma, o elemento material (objetivo) não seria suficiente para gerar uma norma jurídica costumeira, sendo fundamental que “[...] a prática seja determinada pela *opinio juris*, [quer dizer], pelo entendimento, convicção de que assim se procede por ser necessário, correto, justo e, pois, de bom direito”.⁹⁵

Para Kammerhofer, dois argumentos distintos acabam por anuviar os limites conceituais entre a prática do Estado (elemento objetivo) e a *opinio juris* (elemento subjetivo). De um lado, compreende-se que a prática é a efetiva execução do direito reivindicado e, do outro, admite-se como prática as próprias reivindicações, ainda que não executadas de pronto. A doutrina majoritária, de acordo com o autor, tende a considerar declarações como práticas do Estado, em contrapartida à minoritária, a qual entende que não se confunde o real exercício do Estado com aquilo que é declarado.⁹⁶

Tudo leva a crer que o ponto central do debate está na definição do que constitui a vontade do Estado, pois é possível arguir que qualquer ação ou omissão pode resultar tanto de um ato quanto de uma manifestação de vontade, eis que ambos estariam vinculados à prática do Estado. Dessa perspectiva surge a noção de que o elemento subjetivo poderia estar inserido no elemento objetivo, e ambos levariam à prática. Isso coloca o conceito de *opinio juris*, enquanto elemento subjetivo, no centro dos debates sobre o direito consuetudinário.

Em sua análise, Kammerhofer demonstra alguns aspectos essenciais, por exemplo, alguns acórdãos proferidos em sede de direito internacional, a exemplo do *case* da ICJ Plataforma Continental do Mar Norte (*North Sea Continental Shelf - Federal Republic of Germany/Netherlands - 1969*),⁹⁷ que fixam o entendimento de que o elemento subjetivo possui sua validade vinculada a uma norma pré-existente. Ocorre que, segundo o autor, essa perspectiva provém da origem do conceito, que considera o direito consuetudinário uma

⁹⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público**: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118-120.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 523-553, jun. 2004, p. 529.

⁹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands). 26 abr. 1968. **ICJ**, San Francisco, [2017?].

manifestação do direito pré-existente. Partindo-se dessa construção teórica, significaria dizer que, por depender de norma pré-existente, a crença sobre este direito não é constitutiva, mas declaratória. Subsequentemente a esta questão, o debate se transmuta, até encontrar o que se denomina por ‘paradoxo da *opinio juris*’, isto é, se a crença subsiste por conta de uma norma já existente, logo ela servirá apenas na identificação de uma norma consuetudinária internacional vigente e, assim, não poderia ser levada em consideração sobre condutas ainda não acolhidas por outras normas.⁹⁸

Para resolver esse paradoxo, muitas teorias foram surgindo, a exemplo dos textos de Hans Kelsen sobre o tema, um dos primeiros a especular uma solução, inicialmente instigando a aceitação de que “[...] Estados agem erroneamente ao criar um novo direito consuetudinário”. Com efeito, manifesta-se a necessidade de evidenciar que aquilo que os Estados declaram por crença se tratar de lei não é a mesma coisa que a lei de fato. A partir daí, vão se desenvolvendo outras linhas teóricas, com intuito de posicionar o elemento subjetivo como verdadeiramente capaz de formar normas de direito consuetudinário, isto é, passa-se a reconhecer a função constitutiva do *opinio juris*. Embora persistam debates sobre o tema, fato é que, conforme aponta Kammerhofer, predomina contemporaneamente o entendimento de que o direito consuetudinário não tem por fundamento um direito pré-existente.⁹⁹ Desse modo, superam-se algumas ambiguidades, principalmente sobre o fato de que o relevante não é a valoração de uma crença, mas antes a alegação de que ela é reconhecida pelo Estado como justa e apropriada ao direito internacional, que pode ou não a caracterizar como norma.

1.3.2 O papel das organizações e das convenções internacionais

O período que se seguiu à II Guerra Mundial foi dinâmico para as Organizações Internacionais. Nikolaos Voulgaris explica que, juntamente com a UN, as Organizações colocaram-se no plano do direito internacional por um conjunto proeminente de atores, desenvolvendo em quantidade e extensão diversos temas, mas, ainda assim, enfrentam controvérsia quanto à sua capacidade normativa no âmbito do direito internacional.¹⁰⁰ Essa controvérsia tem acompanhado o direito internacional ao longo de seu desenvolvimento

⁹⁸ KAMMERHOFER, 2004, p. 529.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 535-536.

¹⁰⁰ VOULGARIS, Nikolaos. International organisations as autonomous actors. *In: D'ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (ed.). International organisations, non-state actors and the formation of customary international law.* Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 21-41.

histórico, já que tem coexistido com a racionalidade jurídica positivista e suas características essenciais. Diferentemente do direito internacional, que teve de lidar com ela, o direito positivo pôde se apoiar na soberania estatal e no poder de império, ou poder de polícia, para consolidar seu elemento central de coesão e eficácia: a coercitividade jurídica.

A *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, obra à qual frequentemente se tributa o mais elevado grau de desenvolvimento teórico do positivismo jurídico,¹⁰¹ inclui capítulo específico em que Kelsen enfrentou os embaraços relativos à possibilidade de existir ou não força coercitiva no direito internacional. Há aqui sanções específicas, como as represálias e a guerra, mas essas apenas são permitidas como reação à violação de direitos ou à ofensa aos interesses de um Estado em relação a outro. Sem isso, represálias e guerra não se caracterizam como sanção, mas como o próprio delito. Embora Kelsen vislumbrasse semelhanças entre o ordenamento estatal e o internacional, identificava diferenças importantes entre ambos, como a ausência de um caráter vinculante em relação a todos os Estados, mantendo em estágio de grande centralização o direito internacional, o que o autor definia, em síntese, como “ordem jurídica primitiva”.¹⁰²

Em todo caso, para Kelsen, subsiste a necessidade de complementação do sistema, visto que as normas de direito internacional impõem obrigações e atribuem direitos aos Estados, especificando, portanto, o elemento material, mas não o elemento pessoal da conduta. Esta lacuna, a designação de indivíduos humanos para a realização das condutas previstas, corresponde à ordem jurídica de cada Estado, que, no caso da guerra e represália, caracteriza uma forma de responsabilização coletiva, já que as normas de direito internacional são dirigidas ao Estado, mas sofridas pelos indivíduos. A responsabilidade coletiva também era comparada a uma ordem jurídica primitiva, dada a sua descentralização, sendo que a regulamentação das matérias pelo direito internacional dependeria do fortalecimento da atribuição de direitos e imposições de deveres aos indivíduos (o elemento pessoal) por parte dos Estados, demandando também a formação de órgãos centrais para a criação e execução de normas, num processo de centralização jurisdicional: uma jurisdição internacional.¹⁰³

Após algumas décadas de importantes transformações no âmbito do direito positivo, com destaque para a crescente atribuição de protagonismo aos textos constitucionais, subsiste na doutrina a discussão a respeito da capacidade peremptória do direito internacional e da possibilidade de centralização na produção de normas com tal caráter. Precisamente

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

¹⁰³ *Ibid.*

apoiando-se no que se tem definido como “paradigma constitucional”, exemplo que se encontra em Ferrajoli e sua elaboração teórica da “esfera do indecível”, os mínimos invioláveis pelos quais passam as Constituições têm conteúdos que, diante da crise global (ou da própria diluição de fronteiras, como ocorre nos mercados comuns), fundamentam a expansão supranacional do paradigma constitucional. Isso implicaria avançar de matérias como tributação internacional para tarefas mais essenciais, como a efetivação de liberdades, garantias e direitos sociais.¹⁰⁴

Essa unificação legislativa se caracteriza, na ideia do autor, como um constitucionalismo supranacional, o qual, não obstante a eloquência dos argumentos, segue como prognóstico possível, mas ainda contingente, dada a carência da força imperativa das normas internacionais sobre os Estados. Ou seja, existe um ordenamento internacional que compreende que todos os Estados são suficientemente capazes de dirimir conflitos. Entretanto, inexistente ordenamento superior, nem seria possível, já que, formalmente, os Estados se relacionam sobre bases paritárias e, como destaca Bobbio, são ordenamentos heterogêneos, uma concepção que precede e subsiste ao desenvolvimento do direito positivo.¹⁰⁵

Isso evidencia que a questão da soberania segue sendo um dos elementos mais relevantes dessa equação, já que envolve não apenas o alcance e a aplicabilidade das normas internacionais mas também o papel das Organizações e Convenções Internacionais. A respeito destas últimas, algumas considerações, de caráter mais descritivo, serão apresentadas nesta seção, mas sua aplicabilidade demanda uma análise de caráter mais crítico e estratégico para a pesquisa, de modo que será oportuno desenvolvê-la também nos próximos capítulos.

O impacto da I Guerra Mundial serviu como mola propulsora para a criação de uma instituição vocacionada à promoção da paz e da pacificação dos conflitos entre os Estados, o que se materializou com a Liga das Nações, fundada no início do século XX, que teve mais de duas décadas de duração. Para a historiadora canadense Susan Pedersen, trata-se de uma organização incompreendida, em parte pela delimitação e pelo enfoque adotados pela historiografia após a I Guerra Mundial, mas, se analisada sob uma perspectiva mais ampla, pode ser considerada “[...] agente-chave na transição de um mundo de impérios formais para

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁰⁵ Bobbio afirma: “Deste modo, considerar o direito internacional como simples moralidade positiva deixa subentendido o juízo de que o ordenamento internacional possui um valor inferior ao do Estado”. BOBBIO, 1995, p. 224.

um mundo de Estados formalmente soberanos”.¹⁰⁶ Nesse diapasão, essa organização, tributada como pioneira¹⁰⁷ entre as Organizações Internacionais, teria sido o prenúncio da governança global, nas conclusões de Pedersen, pois cumpriu importante trabalho na estabilização dos Estados, até que o advento da II Guerra Mundial fez com que, no fim da década de 1930, fosse considerada, de modo amplo, mas não consensual, um sistema falho.

O Conselho da Liga, seu órgão mais importante, deveria ser ‘composto pelas representações dos Principais Aliados e Associados’ como membros Permanentes, ou seja, vitoriosos de guerra. Essa conexão com a Grande Guerra e sua configuração institucional foi uma das razões que resultaram na falta de confiança da organização, enfraquecendo sua autoridade.¹⁰⁸

A Liga das Nações precedeu a mais destacada organização internacional “de vocação universal”,¹⁰⁹ a Organização das Nações Unidas. A UN, reunindo representações de 51 países, foi criada em 26 de junho de 1945, mais uma vez, motivada pela manutenção da paz, num mundo em ruínas.¹¹⁰ Seu instrumento fundacional, a Carta das Nações Unidas, inclui o reconhecimento da igual soberania de seus membros como um de seus princípios, precisamente no primeiro enunciado. É um aspecto inafastável, já que, como aponta Shaw, o aumento nas unidades territoriais autônomas e a evolução dos “Estados-nação” (modelo político estabelecido formalmente na Europa, no século XVII, com a Paz de Vestfália) impuseram o desenvolvimento dessa ordem internacional, ao ponto de as Organizações Internacionais hoje serem consideradas indispensáveis, cabendo-lhes estimular e facilitar a cooperação entre Estados, manter e impor a paz, atuar em questões ambientais, econômicas e direitos humanos, enfim, uma gama de assuntos que está sempre sendo ampliada pelas novas

¹⁰⁶ “[...] *key agent in the transition from a world of formal empires to a world of formally sovereign states*”. PEDERSEN, Susan. Back to the League of Nations. **The American Historical Review**, [S. l.], v. 112, n. 4, p. 1091-1117, out. 2007, p. 1092.

¹⁰⁷ Porque associa-se essa instituição à terminologia específica “organização internacional”, entretanto Shaw explica como o século XIX já havia sido um período profícuo no que se refere ao surgimento de “associações” não governamentais internacionais, como a Cruz Vermelha, fundada em 1863, ou a Associação de Direito Internacional e o Instituto de Direito Internacional, ambos fundados em 1873. Todas essas iniciativas, desde sua origem até a contemporaneidade, têm sido importantes para insuflar um senso de cooperação mundial. SHAW, 2017, p. 983.

¹⁰⁸ “*The Council of the League, its most powerful organ, was to ‘consist of the representatives of the Principal Allied and Associated Powers’ as permanent members, hence of the victors of the war. That link to the Great War and the institutional set-up that resulted was one of the reasons for the lack of trust in the organization, and undermined its authority*”. PETERS, Anne; PETER, Simone. International Organizations: Between Technocracy and Democracy. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (ed.). **The Oxford handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 166.

¹⁰⁹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 436-437.

¹¹⁰ UNITED NATIONS. History of the United Nations. UN, New York, [2021?].

demandas globais, diante das quais as organizações viabilizam, de modo relativamente rápido, a criação de regras e o estabelecimento de padrões de conduta.¹¹¹

As Organizações Internacionais atualmente existentes podem ser definidas como internacionais ou regionais. A esta pesquisa interessam especialmente as primeiras, e, como visto, a Liga e a UN são seus principais exemplos. A UN, especificamente, abrange ainda diversas agências especializadas, as quais são estabelecidas por acordos intergovernamentais e assumem responsabilidades internacionais em temas específicos, nos quais a Organização tenha atuação, sendo que suas decisões podem assumir caráter vinculante, tal como ocorre no âmbito da International Labour Organization (ILO), da United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco), da World Trade Organization (WTO), do International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), do International Monetary Fund (IMF), dentre outras. Mas não se pode desconsiderar a proliferação de Organizações Regionais, mais perceptível desde o fim da II Guerra Mundial. Outros fatores associados a esse aumento têm a ver com o impacto da Guerra Fria e dos processos de descolonização e independência de Estados, o que não deixa de ser interessante, já que o desenvolvimento institucional do regionalismo é identificado na Europa, em manifestações como as comunidades europeias (econômica, do carvão, da energia atômica), que culminaram na União Europeia. Além desta, outras organizações regionais se destacaram, como a Organização dos Estados Americanos, a Liga Árabe, a Organização de Unidade Africana, dentre outras.¹¹²

As Organizações Internacionais se caracterizam pela associação voluntária de sujeitos de direito internacional, ou seja, em geral, pela associação de Estados, mas, nas últimas décadas, passou-se a admitir também o ingresso de Organizações Internacionais por ato internacional, como um tratado ou convenção que se complementa por outros atos, mas mantendo a prevalência sobre atos regulamentadores. Desse arcabouço resulta um ordenamento jurídico próprio, uma estrutura com poderes, sede e órgãos próprios de funcionamento, e a tais organizações é conferida personalidade internacional. A União de Associações Internacionais (Union of International Organizations – UIA) indica como requisito para a configuração de organização internacional a participação de no mínimo três Estados com direito a voto e que contribuam substancialmente com a organização, dotada de estrutura formal, funcionários com nacionalidades diferentes e objetivo internacional. Tal objetivo podem ter natureza política, como é o caso da UN, que precipuamente se engaja na prevenção de conflitos e na manutenção da paz, ou natureza técnica, quando vocacionada para

¹¹¹ SHAW, 2017, p. 982-984.

¹¹² *Ibid.*, p. 984-989.

agir em áreas específicas. Dessa forma, é atribuído a elas o direito de convenção, para conclusão de acordos internacionais, além do direito de missão ou legação, mediante o qual as Organizações Internacionais mantêm relações sob o amparo de certas garantias diplomáticas, como privilégios e imunidades.¹¹³

Os compromissos internacionais, como tratados, convenções ou protocolos, são uma das fontes do direito internacional e cumprem importantes funções no mundo globalizado, equacionando interesses que, em função das prerrogativas de soberania do Estados, apenas por instrumentos de adesão voluntária, poderiam assumir natureza peremptória dentro dos territórios. Nesse diapasão:

Os tratados internacionais são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das Organizações Internacionais, sem a qual não subsistiriam.¹¹⁴

O tratado é entendido, então, como um acordo de vontade entre os Estados e possui dois marcos importantes: as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e 1986, às quais se atribui o mérito de haver superado a exclusividade de adesão por Estados, para franqueá-la às Organizações Internacionais ou pessoas internacionais, além de especificar expressões e terminologias, como fez ao definir ‘tratado’ como conceito genérico que se refere a acordos internacionais e abrange todos os instrumentos nesse sentido, independentemente da denominação empregada nos instrumentos específicos, como é o caso do termo ‘convenção’, que vem sendo utilizado nos mais importantes tratados multilaterais.¹¹⁵

Com efeito, em que pese a intensificação, nas últimas décadas, da produção e difusão das instituições de direito internacional, esse processo não tem ofuscado a questão da soberania, que ainda parece ser, para as nações, uma prerrogativa mais relevante do que a

¹¹³ SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 296-299.

¹¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101-102.

¹¹⁵ ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011. p. 156-157.

própria inclusão no mundo globalizado e integrado pelos referidos instrumentos.¹¹⁶ Tanto que, para Hugh Thirlway, o consentimento é um fundamento indiscutivelmente exigido por força das fontes listadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, já que, como discutido, essa Corte aplica as regras “expressamente reconhecidas pelos Estados”, de modo que o princípio *pacta sunt servanda* se relaciona ao propósito maior do acordo vinculante: garantir que as partes possam confiar no respeito a tais acordos, mesmo quando se tornem indesejáveis ou onerosos. Então, seja no caso de acordos definidos como *soft law*, em que há autores que sequer identificam semelhança com a norma-lei, seja no caso dos chamados *lawmaking treaties*, os quais estabelecem regimes inteiros para as partes, o princípio é o mesmo: tendo aceitado o compromisso, os Estados obrigam-se a cumprir certa conduta que não lhes poderia ser exigida sem a adesão ao instrumento específico, o tratado.¹¹⁷

Por isso, pode-se inferir que, longe de mitigar a soberania, o que as Organizações Internacionais e os tratados internacionais de fato fazem é cumprir o papel de suprir a incapacidade do próprio direito internacional em exercer imperatividade, vinculando condutas, mesmo num mundo que está cada vez mais globalizado, ‘apenas quando e se’ os Estados soberanos assim consentirem.

1.3.3 Importância dos princípios gerais para o direito internacional

Entre as fontes do direito internacional listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, aparentemente a alínea ‘c’ do dispositivo é a que causa mais embaraços à doutrina, aos intérpretes e aos aplicadores do direito internacional. Trata-se da enunciação dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações Civilizadas”¹¹⁸ como uma dessas fontes. Nos ordenamentos domésticos não é diferente. O reconhecimento da força

¹¹⁶ Esse ponto pode ser demonstrado pela própria adesão, com reserva, do Brasil à primeira Convenção de Viena, há pouco citada. No Brasil, o Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, mas com reserva em relação a dois dispositivos: o artigo 25, que eventualmente habilitava a aplicação provisória de tratado, e o artigo 66, que garante a qualquer parte envolvida em controvérsia na aplicação ou interpretação de alguns de seus dispositivos a legitimidade para submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, quando essas partes não optassem pela arbitragem. Cf.: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, p. 59, 15 dez. 2009.

¹¹⁷ THIRLWAY, Hugh. **The Sources of International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 37-39.

¹¹⁸ Essa expressão “[...] tem sido criticada pela doutrina internacionalista por revelar uma potencial discriminação dos então redatores do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, vinda do século XIX, em relação aos Estados não pertencentes ao eixo Europeu [Admitindo-se que todo mundo é civilizado], é um termo anacrônico por refletir uma tendência (anterior à Primeira Guerra Mundial) que não pode mais ser aceita no Direito Internacional contemporâneo”. MAZZUOLI, 2010, p. 113.

normativa dos princípios, cujo pioneirismo teórico é tributado a Ronald Dworkin,¹¹⁹ abriu caminho para um conjunto de transformações no raciocínio jurídico, frustrando a falsa segurança que se esperava garantir mediante aplicação das operações hermenêuticas silogísticas, outrora formuladas por Beccaria.¹²⁰ O desenvolvimento dessa nova hermenêutica jurídica, frequentemente designada como hermenêutica constitucional, encontrou nos princípios o terreno fértil para atender às particularidades decorrentes especialmente de normas como as enunciadoras de direitos fundamentais, de modo que se apoia, atualmente, tanto em princípios explícitos quanto em implícitos, como é o caso dos célebres princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que, apesar de não figurarem no texto constitucional, frequentemente são aplicados em sua interpretação. Parece ter sido uma longa jornada entre o velho período do ‘juiz boca da lei’ até esse momento.

No campo do direito internacional, a natureza semântica dos princípios parece impor os mesmos desafios enfrentados pelo direito doméstico. Xuan Shao qualifica os princípios do direito como a fonte mais controversa e, talvez, a mais misteriosa do direito internacional. Isso porque não se identifica, no âmbito da disciplina, um consenso – nem mesmo aproximado – a respeito de qual seria a natureza, o alcance e mesmo as funções dessa fonte jurídica, o que paradoxalmente vem acompanhado de um relativo consenso a respeito de que os princípios têm cumprido papel substantivo, ao longo da história, nas relações de direito internacional, como o fazem até a contemporaneidade, em especial perante normas jurídicas parcialmente desenvolvidas. Inclusive, aponta Shao, a emergência de novos e mais específicos campos do direito internacional tem demandado notavelmente o recurso a essa fonte, como se nota no direito penal internacional, no direito internacional dos direitos humanos e no próprio direito ambiental internacional. O desenvolvimento relativamente recente dessa fonte tem provocado debates no campo da doutrina, ao mesmo tempo em que ainda não se pode concluir com segurança as tendências que a permeiam, já que há diferentes teorias presentes nos julgamentos concluídos na Corte Internacional de Justiça e na Corte Permanente de Justiça Internacional.¹²¹

Em certa medida, há discussão até mesmo sobre a classificação dos princípios, sobre qual tipo de fonte seriam, os quais, “[...] se considerados fonte formal, seriam os mais vagos, os de mais difícil caracterização, com consideráveis variações na doutrina, desde autores que

¹¹⁹ Cf. especialmente seus capítulos *Um modelo de regras I* e *Um modelo de regras II*. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Marin Fontes, 2002, p. 23-125.

¹²⁰ BOBBIO, 1995, p. 41.

¹²¹ SHAO, Xuan. What We Talk about When We Talk about General Principles of Law. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 20, n. 2, p. 219-255, jun. 2021, p. 219-220.

negam o seu valor, até os que julgam se tratar, em última análise, de aspecto do costume internacional”.¹²² Mas, prossegue o doutrinador, também há quem os considere fontes materiais, e, nesse caso, os princípios são alçados à condição de fontes verdadeiras e fundamentais que orientam a aplicação daqueles que são as duas fontes incontestadas do direito internacional: os tratados e os costumes.

A par dessas tarefas ainda pendentes no âmbito de uma eventual *teoria* dos princípios do direito internacional, reconhece-se que tal fonte tem operado como um instrumento importante no preenchimento de lacunas, tanto na ordem doméstica quanto na internacional, destacando-se princípios como o já citado *pacta sunt servanda*, da boa-fé, do direito adquirido e, especialmente, outros de desenvolvimento específico do direito e das relações internacionais, como a abstenção (do uso ou ameaça de uso da força armada), a solução pacífica dos litígios internacionais, a não intervenção, a cooperação, a igualdade de direitos e a livre determinação dos povos, a igualdade soberana, entre outros.¹²³

No rol exemplificativamente mencionado, também podem ser incluídas as ‘regras universais de justiça diretamente derivadas do direito natural’, ainda que a doutrina atribua cada vez menor dependência desses recursos, dado o estágio de codificação dos tratados ou da integração ao direito costumeiro de um número cada vez mais expressivo de princípios.¹²⁴ Importante destacar, no célebre artigo 38 do Estatuto da ICJ, o termo “reconhecidos”, que vincula a eficácia dessa fonte ao consentimento por parte do Estado. Esse consentimento pode ser aferido a partir de manifestações inequívocas, como a assinatura e a ratificação, modos de “expressão do consentimento”,¹²⁵ mas nem sempre terreno seguro, portanto, diante de dúvidas em relação aos princípios, a doutrina recomenda que o intérprete verifique se o princípio em questão está internalizado na generalidade dos ordenamentos estatais. Isso porque a fonte incluída no artigo 38 diz respeito aos princípios gerais ‘de’ direito, e não ‘do’ direito: os primeiros decorrem de uma convicção generalizada, “quase universal” entre as diversas nações, e é destes que o Estatuto se ocupa; os segundos decorrem da prática do direito internacional em si, e não daquela convicção compartilhada entre as nações.¹²⁶

Mas há também discussões doutrinárias a respeito de um eventual consentimento implícito, já que o impulso para a formação e identificação de princípios decorre da necessidade de coerência, que também se faz sentir no direito internacional, enquanto sistema.

¹²² ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011.

¹²³ SILVA, 2005, p. 106-114

¹²⁴ MAZZUOLI, 2010, p. 113.

¹²⁵ REZEK, 2008.

¹²⁶ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 114-115.

O consentimento implícito se distinguiria dos tratados e costumes, provocando objeções na doutrina, que até mesmo o situa como uma via fácil para a imposição de obrigações aos Estados. Shao não concorda com essas objeções, pois, embora reconheça que, no âmbito do direito internacional, a ideia de soberania naturalmente hostilize a possibilidade de imposição de vontade sobre os Estados, aponta que as regras estritamente consensuais seriam incapazes de enfrentar situações imprevisíveis, nas quais se espera obter o consentimento. Isso ocorre indiscriminadamente nos ordenamentos internos e internacional, sendo que, no primeiro, frequentemente se autoriza o recurso a princípios semelhantes aos de ordem moral para aplicar o direito. O que distingue ambos os sistemas é o caráter supremo atribuído à igualdade soberana, que limita sensivelmente o poder dos juízes internacionais em relação aos domésticos. Em função dessa distinção estrutural, Shao defende que os princípios gerais devem representar o caráter plural da comunidade mundial; sendo objetivamente identificáveis, dessa forma, a discricionariedade dos julgadores ficaria limitada.¹²⁷

Atualmente, tem repercutido na doutrina o importante aporte da International Law Commission, que, sensível às confusões que a fonte ‘princípios gerais de direito’ tem provocado ao longo das décadas, resolveu se ocupar do tema em seu programa atual de trabalho. Em apertada síntese, apresentam-se alguns dos pontos e das razões dos trabalhos na Comissão. Com o propósito de fornecer orientações para Estados, organizações e tribunais, o órgão realizou, no ano de 2019, no Sexto Comitê, o primeiro debate no âmbito da ILC sobre essa questão. Foram destacados quatro tópicos relativos aos princípios gerais: a) sua natureza jurídica como fonte de direito internacional (tendo sido majoritariamente considerado o artigo 38, alínea ‘c’, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como uma declaração oficial da natureza jurídica), b) origens e categorias a eles correspondentes, c) suas funções gerais e a relação que estabelece com as demais fontes do direito internacional; e d) a identificação de princípios gerais de direito. Em termos de metodologia, deliberou-se pela primazia das práticas dos Estados e das jurisprudências das Cortes internacionais complementadas por textos acadêmicos. Descartou-se a elaboração de lista de princípios (admitindo-se comentários a título de exemplos, para mera ilustração), bem como uma discussão substancial dos princípios.¹²⁸

Em seus trabalhos, a Comissão dividiu o artigo 38, alínea ‘c’, em três elementos: princípios gerais de direito, reconhecimento e nações civilizadas. Quanto ao primeiro dos três,

¹²⁷ SHAO, 2021, p. 219; p. 224-227; p. 254.

¹²⁸ CROSATO, Alfredo; VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, Marcelo. General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 157-172, mar. 2020.

houve bastante discussão, termo a termo, como o sentido de princípios, ou da palavra ‘geral’. Quanto ao termo reconhecimento, este foi apontado, quase consensualmente, como tema central, condição essencial para a existência do princípio geral de direito no direito internacional, sugerindo-se que demanda inclusive a demonstração do reconhecimento. O termo ‘nações civilizadas’ – como já pontuado aqui por doutrina – foi, de modo consensual, considerado anacrônico e não deve mais ser empregado, todavia não se chegou à conclusão com relação a um substitutivo. Outro acordo na Comissão foi o de que os princípios gerais aos quais o artigo 38 se refere derivam dos sistemas jurídicos nacionais e, com isso, de que haveria duas etapas para sua demonstração: primeiro, identificar aqueles que são comuns aos principais sistemas jurídicos e, depois, determinar se tal princípio foi alçado ao ordenamento jurídico internacional. A percepção do caráter vago de várias categorias fez constar também a preocupação com a ‘proliferação de categorias’ de princípios gerais de direito. Entre os dissensos e acordos da Comissão, observam-se avanços importantes, mas também um conjunto de tarefas pendentes para os próximos debates e relatórios.¹²⁹

1.3.4 Fontes auxiliares – decisões judiciais e doutrina: considerações sobre o recurso nos tribunais internacionais

Nos termos do Estatuto da ICJ, além das três fontes principais já discutidas, figuram duas fontes auxiliares: as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações. Na exegese do dispositivo, Yee explica que ambas constituem apenas instrumentos auxiliares na interpretação e aplicação das fontes principais e não podem ser consideradas regras autônomas. Frisa que a intenção do Comitê de juristas de Haia de 1920¹³⁰ era fornecer um rol fechado de fontes, e não uma lista aberta, que se tornaria excessiva e inconsistente. Apesar das divergências doutrinárias a respeito do tema, Yee entende que isso não impede a admissão de outras fontes não listadas no artigo 38, desde que estas sejam de alguma forma abrangidas pelas fontes principais.¹³¹

¹²⁹ CROSATO; VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, *passim*.

¹³⁰ O Comitê de Juristas de Haia (*Committee of Jurists at The Hague*) foi nomeado no início de 1920 e recebeu a incumbência de elaborar um relatório que instrumentalizasse a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão que é um antecedente histórico da Corte Internacional de Justiça. O documento, apresentado em meados do mesmo ano ao Conselho da Liga das Nações, após consideração por esse órgão, foi submetido à sua primeira Assembleia. No final de 1920, após estudo e revisão, a Terceira Comissão da primeira Assembleia da Liga das Nações aprovou por unanimidade a minuta, que veio a ser o Estatuto daquela Corte Permanente. Cf.: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Statute of the International Court of Justice**. [S. l.]: Audiovisual Library of International Law, set. 2014.

¹³¹ YEE, Sienho. Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 7, n. 2, p. 472-498, jul. 2016, p. 475.

Nesse diapasão, não isento de controvérsias, embora com maior eloquência no âmbito específico do direito internacional penal, o Tribunal de Nuremberg não deixa de ter notável importância também para o direito internacional geral. Seu caráter inovador é identificado como ponto de partida para novas relações internacionais e para um novo sistema, de alcance internacional, ao qual Nuremberg fornece as bases reais e simbólicas. Entretanto, esse marco histórico enfrenta objeções – especialmente em função de seu caráter inovador –, dentre as quais uma das mais recorrentes diz respeito a ao fato de ter sido um “tribunal de exceção”. Uma dificuldade inicial enfrentada foi a tentativa de harmonizar sistemas jurídicos distintos, já que sua composição abrangeu a representação de quatro países (Estados Unidos, França, Reino Unido e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS) para julgar indivíduos de outros Estados. A isso se acrescenta o fato de que a composição e o funcionamento do órgão julgador foram definidos sem critérios prévios e de que seu fundamento jurídico, em geral, era deficitário.¹³²

Essas questões não foram exclusivas de Nuremberg e são replicadas ainda hoje no sistema atual. Nota-se um sistema que está se desenvolvendo ainda, permeado pela dificuldade em harmonizar diferentes posições e legados, provenientes de diferentes Estados e culturas.

Para Thirlway, as três primeiras fontes enunciadas no artigo 38 seriam fontes formais, enquanto as últimas (decisões judiciais e doutrina) seriam fontes materiais, mas com um grau especial de autoridade. Pode ocorrer de uma fonte não fornecer critérios suficientes ao julgador e, nesse caso, o tribunal se veja compelido a desenvolver ou adaptar a norma (tratado, costume, princípio), preenchendo as lacunas necessárias, casos em que a expectativa é de que tais procedimentos partam de uma regra existente, já que os tribunais não detêm competências normativas. Mas, segundo o autor, ao fazer isso, quase sempre os tribunais acrescentam algo ao ordenamento jurídico.¹³³

Isso pode sugerir um paradoxo: se as decisões judiciais acrescentam algo ao arcabouço jurídico, afinal, conferem ou não um caráter legislativo aos tribunais? A resposta passa pelo artigo 59 do Estatuto da ICJ, segundo o qual “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”.¹³⁴ Ou seja, diferentemente das regras gerais extraídas dos tratados e das convenções, bem como dos costumes e princípios gerais, cujo alcance é geral, as decisões judiciais têm apenas efeitos vinculantes *inter partes* – a não ser

¹³² GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2-4; p. 147-150.

¹³³ THIRLWAY, 2019, p. 131-132.

¹³⁴ ICJ, 1968.

que se trate de normas especificamente decorrentes de obrigações *erga omnes*, as quais são uma exceção e devem ser declaradas pela Corte (veja-se o próximo capítulo). Tem-se, então, uma linha tênue, que reveste de importância a interpretação literal sublinhada pela doutrina em relação à forma como as decisões judiciais são admitidas como fonte de direito internacional: apenas de modo subsidiário, necessariamente sendo conjugadas a uma das fontes principais. Do contrário, servindo uma decisão judicial como fonte autônoma ou única para outras decisões, essa linha poderia facilmente ser cruzada. Yee arremata:

Essa abordagem tridimensional deve ser preferida à ideia de uma ‘determinação’ unidimensional de regras de direito. Normalmente, os ‘meios subsidiários’ que podem ser utilizados para auxiliar a determinação das normas de direito também podem ser empregados para a interpretação e aplicação dessas normas, permeando assim todo o processo.¹³⁵

No caso das decisões da Corte Internacional de Justiça, no entanto, verifica-se o alcance definitivo dos julgados e das opiniões consultivas criar verdadeira jurisprudência no âmbito do direito internacional. Não raras são as oportunidades em que, ao emitir seus relatórios sobre assuntos de significância para o direito internacional, a ILC o faz baseado nas decisões da Corte – como é o caso da identificação de normas com caráter de *jus cogens*, conforme será abordado.

De qualquer forma, as fontes materiais (decisões judiciais e a doutrina) não se equiparam. As primeiras possuem maior impacto na construção do direito internacional atualmente, enquanto a doutrina exerceu maior influência em tempos passados, inclusive à época da elaboração do Estatuto da ICJ. Na ocasião, a doutrina se inspirava mais no direito natural do que no direito decorrente do Estado ou na jurisprudência, diferindo do contexto contemporâneo, em que o Estado tem transitado entre o protagonismo e o monopólio da produção normativa.¹³⁶

O método de decisão dos tribunais internacionais, em especial o da ICJ, entretanto, sofre críticas por parte de alguns juristas. Yee avalia como a Corte tem recorrido com frequência à citação de decisões anteriores para legitimação das demais, e não constata nesse expediente o reconhecimento de uma doutrina formal dos precedentes, mas, muitas vezes, apenas a exposição ou listagem de precedentes. Dessa forma, os tribunais internacionais têm produzido jurisprudências baseadas essencialmente em conjuntos de casos passados, o que,

¹³⁵ “This three-dimensional approach is to be preferred over the idea of a one-dimensional ‘determination’ of rules of law. Usually the ‘subsidiary means’ that can be used to aid the determination of rules of law can also be employed for the interpretation and application of rules of law, thus permeating the entire process”. YEE, 2016, p. 475-476.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 491; THIRLWAY, 2019, p. 133.

avalia, é problemático, já que o artigo 38 exige a aplicação de uma das suas três fontes principais. Além desse problema, acrescenta-se a questão dos limites dos precedentes, que, às vezes, são surpreendentemente ampliados em decisões posteriores, o que demanda mecanismos e fórmulas para alcançar consistência no ordenamento internacional como meio para promoção do Estado de Direito.¹³⁷

A importância dos doutrinadores, em suma, foi diminuindo conforme aumentavam o desenvolvimento e o aprofundamento da jurisprudência. Recomendava-se buscar nos escritos dos especialistas provas do que o direito é, e não especulações a respeito do que deveria ser. Para Jennings, todavia, o mérito dos bons estudos está em auxiliar na compreensão dos problemas jurídicos, mais do que auxiliar na descoberta do que é a lei. Atualmente, a tarefa específica e que só a doutrina poderia bem cumprir é a de sistematizar o vasto conjunto de materiais disponíveis para o direito internacional, que inclui resumos, relatórios, precedentes, entre outros. A sistematização de todo esse material é de grande importância para o próprio bem do direito internacional, visto que, não obstante seu caráter de fonte subsidiária, as decisões judiciais e a doutrina atualmente têm valorosa importância ao trazerem maior clareza e segurança à aplicação deste direito.¹³⁸

De fato, a atuação dos tribunais internacionais tem assumido um protagonismo estratégico para o direito internacional, a ponto de se cogitar na doutrina uma eventual e relativa superação na sistemática adotada no Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Segundo essas posições, já não corresponde à realidade no plano internacional atribuir o papel de mera fonte auxiliar à jurisprudência dos tribunais internacionais, especialmente quando se considera o instituto – ou doutrina – do controle de convencionalidade. Tome-se, como exemplo, a preocupação com a concretização das normas estabelecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (American Convention on Human Rights – ACHR), tributada ao caso *Almonacid Arellano e outros vs Chile*, cuja sentença foi proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de setembro de 2006. A decisão apontou uma solução jurídica referenciada nos direitos humanos para o enfrentamento de antinomias, especialmente em relação às normas domésticas e, por isso, constitui um exemplo

¹³⁷ YEE, 2016, p. 492; p. 496-497.

¹³⁸ JENNINGS, Robert Y. What is international law and how do we tell it when we see it? *In*: KOSKENNIEMI, Martti (ed.). **Sources of international law**. London: Routledge, 2016. p. 28-56, p. 45-47.

contundente de como a jurisprudência dos tribunais internacionais tem sido alçada à posição de primaz fonte de direito internacional.¹³⁹

Essa decisão demonstra que as recomendações e os instrumentos internacionais, em especial os relativos aos direitos humanos, parecem ter força punitiva em relação ao ordenamento jurídico internacional e com forte potencial para repercussão nos ordenamentos domésticos. Isso porque o caso do assassinato de Almonacid Arellano demandou da Corte uma análise a respeito do fato de se tratar ou não de um crime de lesa-humanidade, devido à época em que ocorreu, 17 de setembro de 1973, e às suas circunstâncias, no contexto das violações de direitos humanos durante a ditadura no Chile (de 1973 a 1990). Para tanto, foi necessário regressar ao desenvolvimento da noção de crime de lesa-humanidade, produzida no início do século XX, no preâmbulo do Convênio de Haia sobre as leis e os costumes da guerra terrestre, de 1907. No ano de 1945, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg declarou o assassinato como crime de lesa-humanidade, tendo sido reiterada a previsão em diversos outros diplomas que sucederam a esses precedentes. A Corte, com base nesse conjunto de precedentes, decidiu¹⁴⁰

[...] que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa-humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violador de uma norma imperativa do direito internacional. Dita proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogens*, e a penalização desses crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral. (grifo no original).¹⁴¹

E, desse contexto, a Corte inferiu a célebre passagem em que consignou o reconhecimento de que os juízes e tribunais domésticos estão vinculados à forma da lei, portanto devem aplicar as normas vigentes no ordenamento jurídico, o que se estende aos tratados ratificados pelos Estados nacionais, no caso, a Convenção Americana. Devem ainda empenhar-se no seu cumprimento e assegurar que seus efeitos não sejam mitigados diante de eventuais antinomias verificadas no ordenamento. Nessa tarefa reside o que a Corte chamou de ‘controle de convencionalidade’ entre normas internas e a Convenção Americana sobre

¹³⁹ CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018.

¹⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. [S. l.: s. n.], 2006.

¹⁴¹ “[...] que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *jus cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general”. *Ibid.*, p. 46.

Direitos Humanos, o que requer que não se considere apenas o tratado em si mas também a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência firmada na Corte Interamericana, já que essa Corte é a intérprete última da Convenção Americana.¹⁴²

Conforme se vê, o teor dessa decisão mostra como, de fato, os tribunais internacionais vêm alcançando um crescente protagonismo na composição de um sistema jurídico internacional – incluídas as fontes, os procedimentos e os fundamentos hermenêuticos –, ou seja, pode-se inferir que a doutrina e a jurisprudência não representam mais meras fontes auxiliares. Entretanto, considerando-se que há uma complementariedade entre todas essas fontes, algumas das características delineadas serão rediscutidas no item 1.4, num paralelo possível no que tange ao alcance e à natureza jurídica das Resoluções da Unga. Pressupõe-se a possibilidade de traçar um paralelo entre os dois tipos – jurisprudências e resoluções –, porque ambos enfrentam objeções similares quanto à sua duvidosa – ou controversa – capacidade de projetar efeitos normativos, embora se verifique que têm sido consignados pela doutrina como potencialmente aptos a influenciar ou agir diretamente no desenvolvimento do direito internacional.

1.4 CONFLITO E HIERARQUIA DE NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Conforme defendido pela maioria dos teóricos do direito internacional, as alíneas do artigo 38 não foram ordenadas de modo a indicar hierarquia. Entretanto, uma das propostas de construção do art. 38 (1), frisa Roberto Silva, era considerar um escalonamento hierárquico entre as fontes, tanto que num dos projetos chegou a ser empregada a palavra ‘sucessivamente’ para escalonar a aplicação de tais fontes.¹⁴³ Com efeito, a ICJ, igualmente, não estabeleceu hierarquia, mas, na prática, adota o aforismo ‘lei especial revoga lei geral’, bem como confere prioridade à fonte dos tratados e das convenções, já que representam fonte de obrigações mútuas para as partes.¹⁴⁴ Importante ressaltar que não é consenso na literatura que o legislador tenha tido a intenção de hierarquizar as fontes, pois a própria ordem em que são listadas não se reveste de rigidez, segundo algumas análises, mas poderia refletir consensos primordiais no direito internacional.¹⁴⁵

¹⁴² ICJ, 2006.

¹⁴³ SILVA, 2011, p. 34-35

¹⁴⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁴⁵ JIA, Bing B. The Relations between Treaties and Custom. *Chinese Journal of International Law*, Oxford, v. 9, n. 1, p. 81-109, mar. 2010, p. 84.

Por outro lado, chama a atenção a questão da reciprocidade nas relações que obrigam Estados. Nesse diapasão, a Teoria Pura do Direito já atribuía ao ordenamento internacional uma composição formada por normas originariamente emanadas dos Estados, a partir de suas ordens jurídicas singulares, para então incidir sobre as relações interestatais, operando pela via do costume. Dentre as normas que passavam a integrar o direito internacional, Kelsen conferia importância destacada às que obedecessem à fórmula *pacta sunt servanda*, já que vinculam os Estados a condutas recíprocas, mediante o acordo explícito de vontades dos órgãos estatuais competentes. Explicava que o direito pactício, em regra, tinha apenas caráter particular, e não vinculava todos os Estados, e, por isso, esse direito se distingue do direito internacional geral consuetudinário. Considerando o caráter dinâmico atribuído às normas na Teoria Pura, a identificação de um escalonamento é associada à derivação das normas, como no caso das normas jurídicas emanadas dos tribunais internacionais e de outros órgãos similares. Tais normas ocupariam um terceiro escalão, pois derivam de um pacto de direito internacional, e os pactos ocupam um segundo escalão, uma vez que se originam de normas emanadas dos Estados e apoiadas no direito consuetudinário. Kelsen conclui: “[...] é mister que valha como norma fundamental pressuposta do direito internacional uma norma que institua como fato gerador de direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados”.¹⁴⁶

Mas a questão de uma eventual hierarquia de fontes na prática do direito internacional não tem se mostrado pacífica entre a doutrina. Isso porque o direito internacional tem mais de uma fonte, e, eventualmente, essas fontes independentes podem ser atraídas para uma mesma operação. Quando convergem, não há maiores problemas, mas, se não estiverem de acordo, essas fontes colocam a questão de saber se há uma hierarquia reconhecida entre elas, se essa hierarquia pode ser estabelecida *a priori*, sem negligenciar a possibilidade de que uma determinada norma venha a prevalecer em função de seu conteúdo ou natureza (valor fundamental protegido na ordem jurídica internacional), tal como se verifica nas normas peremptórias de direito internacional – *jus cogens*.¹⁴⁷ A essas normas será dedicado o capítulo seguinte.

O aparente insucesso da formulação positivista no âmbito do direito internacional é avaliado por Koskenniemi como um resultado previsível, já que, enquanto o positivismo se desenvolveu com base nas grandes codificações, o direito internacional pôde não se render a essa influência, dada a escassez de regras escritas, o que forçou os juristas a ir além dos

¹⁴⁶ KELSEN, 1984, p. 359-360.

¹⁴⁷ THIRLWAY, 2019, p. 147

acordos redigidos para fundamentar seus conceitos. Notam-se um grande peso atribuído aos princípios e uma posição fundamentada em ideias universais de justiça.¹⁴⁸ Essa fórmula, como se sabe, foi rechaçada na argumentação jurídica juspositivista, tendo sido retomada nos ordenamentos domésticos há apenas algumas décadas, mas, ainda assim, com relativa primazia – dadas as facilidades hermenêuticas oferecidas pelas regras jurídicas positivadas.

Retomando-se a questão da hierarquia das fontes, trata-se de um tema que desafia os juristas, especialmente quando se verifica o conflito. Esse conflito pode decorrer da oposição entre: a) norma consuetudinária vs norma de tratado; b) norma de tratado vs princípio geral, ou c) norma consuetudinária vs princípio geral. Para Thirlway, é no primeiro caso que se estabelecem as maiores dificuldades, pois, no segundo caso, a menos que tenha o caráter de *jus cogens*, o princípio geral não poderá prevalecer. Quanto ao terceiro caso, avalia, é mais complexo desenvolver uma análise abstrata, mas seria pouco provável, na realidade decorrente da interação recíproca do Estado, o desenvolvimento de princípio geral contraditório ao costume. O autor explica que, normalmente, uma regra específica inserida em tratado deveria prevalecer sobre regras consuetudinárias conflitantes, afinal, sem o propósito de modificar uma situação jurídica entre as partes, não haveria sentido em firmar o compromisso. Outra forma de tratar a questão da hierarquia requer sua identificação em maior ou menor grau, conforme a rigidez da norma, nesse caso, a escala iria das normas peremptórias – *jus cogens* – às disposições mais flexíveis – *soft law*. As normas imperativas não admitem derrogação, e disposições contrárias são nulas de pleno direito, nos termos do art. 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, enquanto normas de *soft law* selariam acordos, podendo-se inferir, portanto, que não vinculam condutas específicas, mas fornecem recomendações de condutas com formulações mais vagas, como dirigir esforços para tentar garantir alguma meta.¹⁴⁹

A propósito da *soft law*, Rafael Oliveira assevera que suas normas são “[...] intrinsecamente vinculadas ao direito ambiental internacional, pois podem servir como um primeiro passo no sentido de se evoluir para a conclusão de instrumentos de *hard law*, que estabeleçam normas obrigatórias para os Estados”.¹⁵⁰ No caso do direito internacional ambiental, o caráter positivado (*hard law*) está aliado a uma forma mais flexível (*soft law*),

¹⁴⁸ KOSKENNIEMI, Martti. General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law'. In: KOSKENNIEMI, Martti (ed.). **Sources of international law**. London and New York: Routledge, 2016. p. 383-384.

¹⁴⁹ THIRLWAY, 2019, p. 152-153; p. 161.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Santos de. **O papel da *soft law* na efetivação do direito ambiental internacional**. 2005. 176 f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005, p. 52.

“[...] caracterizada pelo surgimento de conteúdos e sentidos diversos, especialmente nos casos em que é impossível avançar com regras impositivas ou em que a regulação por normas jurídicas tradicionais não alcançaria êxito”.¹⁵¹

Em todo caso, encontram-se na doutrina inúmeras posições a respeito do tema, inclusive uma dita vertente epistêmica anárquica, não no sentido de detectar uma desordem caótica de fontes, mas sim a ausência de uma autoridade legisladora capaz de centralizar a aplicação da lei internacional e definir uma estrutura hierarquizada, bem como a ausência de uma estrutura coercitiva eficaz como a dos ordenamentos domésticos. Essa é uma dificuldade que decorre de um sistema horizontal de governança, com autoridades e funções jurídicas – incluídas tanto as legislativas quanto as jurisdicionais – exercidas de modo fragmentado e descentralizado.¹⁵²

Aparentemente, apesar das divergências entre o positivismo, as doutrinas do direito internacional e até mesmo destas entre si, internamente, há dois consensos: a importância do acordo, do pacto como condição para vinculação dos Estados, o que reforça a importância da ideia de soberania. Além desse aspecto, o papel do *jus cogens*, como uma área mais firme para repousar a ideia, senão de hierarquia, ao menos de prevalência do direito, por ocasião do conflito entre fontes.

1.5 VALIDADE, ALCANCE E NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES DA UNGA

A Unga tem sua composição e regras gerais de funcionamento estabelecidas na Carta da UN, entre os artigos 9º e 22. Segundo tais diretrizes, todos os países-membros¹⁵³ da Organização compõe a Assembleia Geral, podendo se fazer representar nesse espaço com, no máximo, cinco integrantes, mas com apenas um voto por Estado. As reuniões ocorrem ordinariamente em sessões anuais, mas, por manifestação do seu secretário geral, do Conselho de Segurança ou da maioria de seus membros, poderá ser convocada em caráter especial.

O alcance das matérias que lhes são afetas coincide com as finalidades descritas na Carta, com exceção das circunstâncias em que o Conselho de Segurança esteja exercendo suas funções específicas; neste caso, somente poderá emitir recomendações caso o próprio Conselho lhe solicite. Trata-se de uma limitação circunstancial, já que, materialmente falando,

¹⁵¹ OLIVEIRA, 2005, p. 74.

¹⁵² PROST, Mario. Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective. **Houston Journal of International Law**, [S. l.], v. 39, n. 2, p. 285-330, 2017.

¹⁵³ A lista de países-membros pode ser conferida em: <https://www.un.org/en/about-us/member-states>. Acesso em: 20 mar. 2020.

as competências da Assembleia são plenas, podendo ser provocadas por Estados-membros ou não membros, além do Conselho de Segurança. Com base na realização de estudos, cabe-lhe fazer recomendações a respeito de assuntos diversos, notadamente os relativos aos direitos humanos, mas também ao desenvolvimento progressivo de um sistema de direito internacional, com sua respectiva codificação.

Para ilustrar essas competências materiais, veja-se a Assembleia das Nações Unidas, concluída em Nairobi, em março de 2022, em que o programa da Organização para o meio ambiente aprovou quatorze Resoluções abrangendo ações orientadas à proteção da natureza. Na oportunidade, foi estabelecido um Comitê Intergovernamental de Negociação, cuja tarefa é a elaboração de um acordo internacional que possa produzir força vinculante para cessar a poluição plástica. As iniciativas celebradas nesse encontro – 5ª Assembleia da UN para o Meio Ambiente – foram consideradas o “[...] acordo multilateral sobre questões ambientais mais significativo desde o acordo de Paris”.¹⁵⁴ A partir da aprovação de “Resolução sobre o Bem-estar Animal – Meio Ambiente – *Nexus* Desenvolvimento Sustentável”,¹⁵⁵ evidenciam-se a relevância, a atualidade e o forte apelo social em torno das questões debatidas, ou seja, a preocupação com o desenvolvimento sustentável e com os recursos naturais de uma forma geral. O que se nota é um crescente interesse não apenas em novos espaços mas também em novas projeções e novos desdobramentos dentro do vasto campo temático afeto ao ambiente e às questões a ele correlatas e sensíveis no âmbito das relações internacionais.

Importante destacar que, quanto à sumarização dos procedimentos e das competências da Assembleia Geral, a Carta estabelece quórum de maioria simples para as deliberações de menor impacto, conforme artigo 18. Já as decisões consideradas mais importantes, como eleições de seus órgãos, admissão de novos membros, recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança nacionais, demandam aprovação por dois terços dos membros votantes presentes na sessão. É necessário cumprir a condição de membro votante, visto que o atraso

¹⁵⁴ ASSEMBLEIA ambiental da ONU termina com 14 resoluções para conter a poluição e proteger e restaurar a natureza. **Unep**, Nairóbi, 2 mar. 2022.

¹⁵⁵ *Animal Welfare – Environment – Sustainable Development Nexus resolution*. O United Nation Environmental Programme (Unep) submeteu o projeto de Resolução à Secretaria no dia 2 de dezembro de 2021. O texto, motivado pelo reconhecimento de que os animais são parte essencial dos ecossistemas e os impactos por ele sofridos podem abalar o equilíbrio planetário – já que bem-estar animal e biodiversidade estão interligados –, motivado também pela constatação científica da senciência animal e conclamando a cooperação entre agências, “[...] exorta os Estados-membros a protegerem os animais, seus *habitats* e cumprir condições de bem-estar animal, para proteger a biodiversidade, mitigar as alterações climáticas e prevenir a poluição”. Cf.: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Draft Resolution Animal Welfare – Environment – Sustainable Development Nexus**: Revised version, submitted to the secretariat on 2 December 2021. [S. l.: s. n.], 2021.

voluntário ou injustificado no pagamento da contribuição por parte do Estado-membro é causa suspensiva de seu direito de votar.

Não obstante a Unga tratar-se de um órgão desprovido de poder normativo e suas Resoluções não serem dotadas de natureza jurídica vinculante, a limitação da Carta ao atribuir apenas poderes de recomendação às Resoluções da Unga cumpre a função de ponderar os poderes do órgão, diante de inúmeras limitações ou contradições que o sistema decisório encerraria em si mesmo. Nessas contradições, estaria incluída uma eventual falta de consciência por parte de determinados membros, ao votarem impelidos por questões políticas, e não por considerações legais, o que não favoreceria o direito internacional em nenhum aspecto.¹⁵⁶

Embora seja importante consignar essa posição teórica, também é verdade que inúmeros precedentes importantes à ordem jurídica internacional têm evidenciado contradições no ceticismo de alguns juristas em relação ao caráter democrático da Assembleia Geral. A democracia não é mera expressão da vontade da maioria, mas, acima de tudo, proteção das minorias e equacionamento entre esses dois paralelos. Esse papel, de grande valor à democracia, tem sido cumprido em diversas Resoluções da Unga, em especial as que se ocupam de questões relativas aos direitos humanos e da proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais. Embora algumas objeções críticas formuladas pela literatura contribuam para o diagnóstico de problemas na estrutura e no funcionamento dos Organismos Internacionais, isso não significa dizer que sejam, de fato, sistemas não democráticos. Procedimentalmente, esses espaços podem ter maior ou menor grau de democratização, mas, materialmente, são fundamentais para a promoção de direitos e até mesmo para a defesa da soberania, em especial de Estados em condição de vulnerabilidade econômica, política e social.

Quanto ao alcance das decisões, de modo geral, não parece haver distinção entre as Resoluções da Unga e as de outros Organismos Internacionais. Argumenta Cançado Trindade que

As atividades e decisões das Organizações Internacionais, nos mais diversos setores, costumam ser exteriorizadas com base em resoluções, de relevância e alcance variados: algumas servem como instrumento de exortação, outras enunciam

¹⁵⁶ SCHWEBEL, Stephen M. Proceedings of the Annual Meeting. **American Society of International Law**, [S. l.], v. 73, p. 301-309, abr. 1979.

princípios gerais, e outras requerem um determinado tipo de ação visando resultados específicos.¹⁵⁷

Importante destacar o parecer consultivo emitido pela Corte Internacional de Justiça no ano de 1996. Nesse parecer, a Corte opinou que, mesmo desprovidas de caráter vinculativo (reitere-se que o parâmetro para esse caráter é a força irresistível projetada internamente pelos Estados), as Resoluções emitidas pela Unga não podem ter seu valor normativo desprezado, já que, em certos casos, exercem impacto sobre a *opinio juris*, fornecendo evidências importantes para o estabelecimento de uma norma.¹⁵⁸

Há doutrinadores que identificam uma força vinculante consensual nas decisões tomadas no âmbito das Organizações Internacionais, que se impõem aos Estados-Membros mesmo quando indesejadas, em razão de seus efeitos. No que se refere à Unga, o órgão produz essas decisões vinculativas em relação aos seus membros quando delibera a respeito do seu próprio funcionamento, por exemplo, mas, nesse caso, não levanta maiores questões, especialmente se comparado às decisões que afetam o direito internacional, caso em que se especula a possibilidade de que tais decisões sejam classificadas como fontes de direito. Thirlway avalia que responder afirmativamente a essa possibilidade é confuso, já que, para a “[...] teoria das fontes, define-se quais prescrições são leis conforme sua origem e não conforme sua conveniência”.¹⁵⁹ Em todo caso, não se pode perder de vista que a maior parte das dificuldades enfrentadas pelo direito internacional ao tratar dos efeitos jurídicos de seus instrumentos decorre do fato de que esses instrumentos tendem a ter seus efeitos comparados com outros instrumentos constitutivos de ordenamentos nacionais, pautados na tradição juspositivista (que tem na coerção uma de suas características essenciais). Entretanto, parece mais razoável e, principalmente, mais profícuo para o desenvolvimento do direito internacional tratá-lo como de fato é: algo distinto do direito positivo desenvolvido nos limites dos Estados. Isso permitiria não apenas maior equilíbrio ao se estabelecerem as forças na sociedade anárquica internacional mas sobretudo a adoção de categorias mais compatíveis com as necessidades da comunidade internacional como um todo.

Para outras abordagens, as decisões e pareceres da ICJ têm contribuído com os estudos sobre os efeitos jurídicos das Resoluções, tanto do Conselho de Segurança quanto da

¹⁵⁷ “*The activities and decisions of international organizations, in the most diverse sectors, are usually externalized by means of resolutions, of varying relevance and scope: some serve as instrument of exhortation, others enunciate general principles, and others require a given type of action aiming at specific results*”. CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 130.

¹⁵⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**. Advisory Opinion, 1. C. J. Reports 1996. San Francisco: ICJ, [2017?].

¹⁵⁹ “[...] *sources theory defines what prescriptions are law in terms of their origins, not of their desirability*”. THIRLWAY, 2019, p. 26-27.

Assembleia Geral. Mark Öberg argumenta que há uma tendência em enfatizar os efeitos vinculantes desses instrumentos, mas que isso depende do tipo de resolução em questão, já que esse conceito é usado, na prática, como gênero que abrange tanto recomendações quanto decisões, sem que a Carta especifique o sentido de qualquer um desses termos. Sob esse viés, a Corte é mais criteriosa, pois emprega o termo ‘decisão’ quando a Resolução é vinculante, e o termo ‘recomendação’ nos demais casos. Em sua abordagem, Öberg considera que este instrumento formal, a Resolução, não se define por seu título nem natureza (expressa ou implícita), mas sim por seus efeitos intrínsecos (diretos e imediatos) ou extrínsecos – baseados diretamente no direito internacional consuetudinário, já que, nesse caso, falta ao órgão adotante poderes necessários, ou poderes especiais relevantes.¹⁶⁰ Com base nessas premissas e visando contribuir com uma teoria básica dos efeitos jurídicos dos instrumentos unilaterais no direito internacional público, o autor atribui três tipos básicos de efeitos jurídicos às Resoluções:

- (i) criar obrigações, direitos e/ou poderes (que chamaremos de “substantivos”) e/ou
- (ii) determinar fatos (por exemplo, que um fato alegado é verdadeiro) ou situações jurídicas (por exemplo, que uma obrigação foi violada), que desencadeiam os efeitos substantivos (“efeito causativo”). A isso deve ser adicionado (iii) como e quando os efeitos substantivos operam (“efeitos modais”). Cada uma dessas categorias tem uma natureza dupla conforme os efeitos sejam intrínsecos ou extrínsecos.¹⁶¹

Sob outra perspectiva, Leonardo Brant e Bruno Biazatti discutem como os efeitos políticos e jurídicos das Resoluções da Unga influenciam o direito internacional, identificando três formas distintas. A análise parte das recomendações, considerando-as como ‘convites’ dirigidos a um ou mais sujeitos internacionais (e, excepcionalmente, até a particulares, empresas privadas ou Estados não membros) para comportarem-se ou pararem de se comportar de modos específicos. Nesse sentido, as recomendações não têm força normativa tampouco assumem tal força, nem mesmo no caso de um determinado Estado votar favoravelmente à recomendação. E, no caso de coordenação – sem subordinação – entre órgãos internos de uma mesma Organização Internacional, vale a mesma regra, já que tais órgãos podem ter posições contrárias. Entretanto, as Resoluções da Unga assumem certa autoridade política em relação aos Estados, já que, mesmo sem vínculo normativo, podem

¹⁶⁰ ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. *The European Journal of International Law*, [S. l.], v. 16, n. 5, p. 879-906, 2006, p. 879-881.

¹⁶¹ “(i) creating obligations, rights and/or powers (which we shall call ‘substantive effects’) and/or (ii) making determinations of facts (e.g. that an alleged fact is true) or legal situations (e.g. that an obligation was violated), which trigger the substantive effects (‘causative effect’). To this should be added (iii) how and when the substantive effects operate (‘modal effects’). Each of these categories has a dual nature according to whether the effects are intrinsic or extrinsic”. *Ibid.*, p. 881-882.

incidir sobre a interpretação do direito internacional ou até mesmo antecipar suas regras (como regiões separatistas de independência não reconhecida, precedidas por rejeição em Assembleia Geral).¹⁶²

Em outros casos, poderão assumir um certo valor jurídico, dito como força quase normativa, porque, espelhando relativo consenso, fomentam a construção do direito internacional ou influenciam a sua adaptação. Nesse diapasão, o grande paradigma é a Declaração Universal dos Direitos Humanos: inicialmente, era considerada não vinculante, mas, mediante o reconhecimento da *opinio juris*, influenciou não apenas o direito internacional, em que é considerada atualmente norma obrigatória, mas também ordenamentos nacionais. Posteriormente, essa Declaração ainda influenciou documentos importantíssimos, como os Pactos sobre Direitos Humanos (direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais).

Em vista do terceiro sentido, as Recomendações da Assembleia Geral podem se mostrar capazes de gerar novas situações jurídicas que serão voluntariamente implementadas pelos Estados. Isso pode ocorrer quando ausentes as regras em certos temas, diante dos quais, sem violar direitos de outros Estados, as recomendações são assumidas como manifestações de direito válido. É o exemplo da resolução que ficou conhecida como Resolução Acheson, adotada durante a Guerra da Coreia, que previa a possibilidade de uso da força em condições que a própria Carta não havia previsto. Isso ampliou significativamente os poderes da Assembleia, dando-lhe a possibilidade de autoconvocação e a autorização para o uso de força militar, dentre outras. É o tipo de caso em que, mesmo sem força obrigatória, os Estados podem adotar voluntariamente a recomendação, tratando-a como direito.¹⁶³ Em síntese, de acordo com os autores, são estas as três formas pelas quais as recomendações podem influenciar o direito internacional consoante ao papel das Resoluções da Unga:

- a) mesmo sem força normativa, as recomendações são capazes de induzir os sujeitos internacionais a agir conforme seus conteúdos;
- b) com força quase normativa, as recomendações funcionam como elementos de estímulo à formação dos tratados e costumes internacionais; e

¹⁶² BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BIAZATTI, Bruno de Oliveira. O papel das recomendações da Assembleia Geral das Nações Unidas na formação do Direito Internacional. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **X Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, [S. l.], v. 1, n. 17, 2015, p. 192-214.

¹⁶³ *Ibid.*

- c) estabelecendo situações jurídicas novas que serão voluntariamente assumidas pelos Estados.¹⁶⁴

Como se nota nesse brevíário, há inúmeras posições teóricas a serem consideradas. Identificando a existência de divergência na literatura especializada, a própria UN se manifesta, em nota explicativa, para afirmar que as resoluções e decisões decorrem da vontade livre e formalmente consignada dos órgãos das Nações Unidas, podendo tais resoluções ser de tipos variados. Sobre o caráter vinculativo, remete especificamente às resoluções do Conselho de Segurança, com apoio no artigo 25 da Carta, segundo o qual é possível considerá-las vinculativas.¹⁶⁵ O art. 25 dispõe que “Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança de acordo com a presente Carta”.¹⁶⁶ Com efeito, entre a eventual força vinculante e a questão da adesão dos Estados aos compromissos internacionais, recorrentemente o tema da soberania é trazido à baila. Esse é um ponto crucial para o desenvolvimento – ou limitação – do direito internacional. Conforme observa Simon Chesterman:

Embora o Estado de Direito tenha sido fortemente promovido nos fóruns internacionais, tem sido menos clara a relevância que tem para a condução dos assuntos internacionais em si. Isso ocorre em parte porque, como vimos, o desafio histórico para o Estado de Direito tem sido sua relação com a soberania. Em uma ordem jurídica doméstica, a soberania existe em uma hierarquia vertical com outros sujeitos de direito; no plano internacional, a soberania tende a ser concebida como uma permanência com os Estados, pelo menos nominalmente existindo em um plano horizontal de igualdade soberana.¹⁶⁷

O destaque em “pelo menos nominalmente” na argumentação de Chesterman é associado ao fato de que se trata de uma igualdade perante as normas internacionais, já que, no âmbito das Nações Unidas, há estruturas em que a igualdade soberana é mitigada pela estrutura dos órgãos, como no Conselho de Segurança e no funcionamento do veto. Embora

¹⁶⁴ Ao tratar das fontes auxiliares do direito internacional, no item 1.2.4, mencionou-se a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em que pareceu ter ocorrido justamente o fenômeno que o autor identifica, ou seja, a capacidade de influenciar e até contribuir com a formação de regras do direito internacional.

¹⁶⁵ AS RESOLUÇÕES da ONU são vinculativas? Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental das **Nações Unidas**, [S. l.], [201-].

¹⁶⁶ “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.” UN, 1945.

¹⁶⁷ “*Though the rule of law has been promoted strongly in international forums, it has been less clear what relevance it has to the conduct of international affairs itself. This is in part because, as we have seen, the historic challenge for the rule of law has been its relationship to the sovereign. In a domestic legal order, the sovereign exists in a vertical hierarchy with other subjects of law; at the international level, sovereignty tends to be conceived of as remaining with states, at least nominally existing in a horizontal plane of sovereign equality.*” CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? **The American Journal of Comparative Law**, [S. l.], v. 56, p. 331-361, 2008.

limites às capacidades do Conselho sejam identificados na Carta e na própria Assembleia Geral, esta é considerada mais democrática e, por isso, mais legítima do que o Conselho. Com efeito, é contraditória a concentração de poderes pelo Conselho, especialmente se comparados aos poderes – bem mais limitados – de outras instituições criadas para a promoção do desenvolvimento econômico ou dos direitos humanos, por exemplo. Em todo caso, não se identifica, no âmbito das Nações Unidas, uma jurisdição autônoma e completa que se compare aos sistemas jurídicos domésticos, emergindo daí a seguinte questão de fundo: a compatibilidade ou coerência entre o Estado de Direito e o estabelecimento de um direito internacional independente de discussões sobre poder soberano e que prestigia os valores fundamentais da comunidade internacional. Quanto a isso, apenas um sistema jurídico capaz de alcançar os indivíduos sem passar pela mediação das instituições nacionais desenvolveria de forma robusta e definitiva a ordem jurídica internacional.

Dessa feita, o que se constata, revisando-se as fontes do direito internacional, é a forte presença do reconhecimento de uma ordem jurídica que teria precedido, inclusive, o processo de colonização europeu. Na trajetória histórica, esse processo de colonização estendeu-se sobre o mundo ocidental e demandou novos sentidos e instrumentos para lidar com o inevitável advento da descolonização. Então, depois de consumado o fim da era colonialista, a partir de movimentos e de lutas pela independência de inúmeras regiões, emergiu um amplo conjunto de nações que, mesmo sendo formalmente independentes e soberanas, desenvolveram novas formas de interação, caracterizando a consolidação do espaço das relações e do direito internacional.

Assim, o século XX parecer ter sido o mais importante para o direito internacional, já que foi palco de uma importante virada no processo catalisado pelo impacto das grandes guerras, especialmente pela crise moral global após a II Guerra Mundial. Todos esses fatores fortaleceram as instituições internacionais, trazendo grandes avanços para o direito internacional, já que esse sistema se tornou cada vez mais necessário e até mesmo urgente diante das novas formas de interação e das novas demandas relativas aos direitos humanos e a outras pautas a eles conexas. É possível dizer, em suma, que esses fatores impuseram a necessidade de organização entre os Estados para o bem da própria humanidade.

Nesse contexto, a ICJ tem sido um importante fator para o equacionamento das vicissitudes, dos interesses e dos legados provenientes de tantas e tão diversas nações. Seu Estatuto é de suma importância para o reconhecimento das fontes de direito internacional – a exemplo dos tratados, costumes e princípios, bem como da doutrina e da jurisprudência –, fornecendo um catálogo de referências para contribuir com essa tarefa. Mas, como discutido,

não deixa de ser um campo ainda em estágios iniciais de desenvolvimento, marcado por disputas entre interesses particulares em detrimento das preocupações globais. Diante de tantas variáveis e possibilidades, a ausência de hierarquia entre as fontes do direito internacional parece ser, na verdade, resultado da impossibilidade de se estabelecer tal escalonamento, que não decorre apenas dos fatores aqui citados mas também das próprias contingências das relações internacionais.

Como são relativamente novas as relações internacionais, seu caráter é bastante dinâmico, o que não obsta a percepção de padrões um pouco mais consolidados, como a *opinio juris* e a prática reiterada. Ambas fornecem plataformas mais concretas para o desenvolvimento desse ordenamento e, portanto, assumem destacada importância, especialmente por serem amplamente aceitas pela comunidade de Estados. A *opinio juris* também é importante por impulsionar as resoluções das Organizações Internacionais, já que estas representam o conjunto de valores e práticas dos quais decorrem as convicções a respeito do que é direito.

Um importante fator que representa as dificuldades de se estabelecer uma ordem jurídica internacional mais dinâmica e eficaz tem a ver com a racionalidade jurídica predominante, moldada na escola juspositivista e, portanto, treinada para manejar o direito sempre com o respaldo da coercitividade. O campo doméstico, devido à coesão socioeconômica e cultural, talvez seja o âmbito mais propício à identificação e à aplicação de regras positivadas. Porém parece não ser assim com o direito internacional, o qual deriva de formulações mais genéricas, visando aproximar-se do caráter universalista, característica própria da comunidade de Estados. Nesse sentido, as fontes de direito internacional adquirem grande importância para a manutenção da ordem jurídica internacional.

Isso leva a um destaque final no que diz respeito às fontes do direito internacional: a importância das Resoluções da UN como fonte de direito internacional, já que exercem grande impacto nesse âmbito. Embora tais instrumentos enfrentem significativa desvantagem em comparação com as normas domésticas (dotadas de coercitividade necessária), as Resoluções das Organizações Internacionais, especialmente as da Unga, em razão de sua representatividade, têm se mostrado um importante instrumento do direito internacional, e até mesmo dos ordenamentos nacionais, eventualmente, predizendo padrões que alcançaram maior grau de consolidação no sistema internacional e resultaram em tratados, convênios ou outros compromissos que poderão assumir força vinculante a partir dos valores que representam.

Assim como na origem do Estado moderno juspositivista os indivíduos renunciaram a uma parte de sua liberdade para viabilizar a existência de um sistema de direitos que atribuísse segurança à sociedade, é plausível que, na ordem global contemporânea, os Estados renunciem a uma parte de sua soberania para dar à humanidade um sistema de direitos que lhe atribua não apenas segurança jurídica mas também um projeto ainda mais audacioso: um sistema que viabilize uma ordem global pautada nos direitos humanos e na paz.

Nesse contexto histórico, inúmeras experiências e legados parecem culminar – num processo ainda em andamento – na sistematização jurídica sob a insígnia do direito internacional. Mesmo uma revisão descritiva, como a proposta neste capítulo, coloca em evidência as dificuldades da tentativa dessa sistematização: como harmonizar a pluralidade de interesses, experiências, sistemas e influências das múltiplas nações em um único sistema? E, não menos importante, como atingir os objetivos de uma comunidade de Estados pluralista perante o inarredável princípio da soberania dos Estados?

Parece claro que essa uniformização em torno de uma comunidade internacional pacífica e com interesses comuns demanda uma sedimentação dos valores fundamentais da sociedade internacional, o que, *prima facie*, poderia ser resolvido sob a ótica da teoria da humanização do direito internacional, a qual defende o resgate da humanidade como o verdadeiro (e nuclear) sujeito de direitos do direito internacional. Nesse contexto, as normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*) adquirem importância vital, eis que se trata de normas não derogáveis na ordem jurídica internacional, devido ao seu objeto, qual seja, a garantia da paz, dos direitos humanos e da autodeterminação dos povos. Assim, as características principais do *jus cogens* serão abordadas no capítulo seguinte, sob a ótica do direito internacional da humanidade, ou novo *jus gentium*.

2 GÊNESE, IDENTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL (*JUS COGENS*)

As normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*), conforme visto no capítulo anterior, gozam de posição hierárquica superior, sendo imperativas no sistema legal internacional. Essa posição de destaque, no entanto, parece gerar temor, nos Estados, de que o *jus cogens* seja uma ameaça à própria soberania, dada sua característica de inderrogabilidade. Portanto, “Política e moralmente, o *jus cogens* mantém-se como um contestado conceito”.¹⁶⁸

O *jus cogens* foi desenvolvido e fortalecido a partir das necessidades percebidas na própria comunidade internacional. Com efeito, esse tipo de norma parece auxiliar a construção de um sistema jurídico internacional eficaz, em que os Estados soberanos são restringidos pelo Estado de Direito, ante a desnecessidade de expressar consentimento em relação a essas regras – conforme será explicado mais adiante. O desejo, e mesmo a necessidade de normas peremptórias na ordem jurídica internacional, ressurgiu em resposta às atrocidades do século XX, após o hiato de predomínio do pensamento positivista.

É possível concordar com Tatyana Friedrich, no sentido de que a consagração do *jus cogens* “[...] recepciona a ideia, desde muito tempo perseguida no direito internacional público, de previsão de limites materiais ao poder estatal de celebrar tratados”.¹⁶⁹ Com efeito, o direito internacional, notadamente, sempre ostentou a imagem de um direito intocável, existente apenas no âmbito das relações interestatais e, portanto, afastado do sujeito nuclear de direitos: o indivíduo. Nesse sentido, a teoria da humanização do direito internacional se apresenta como o resgate da proteção dos valores humanos fundamentais – como a autodeterminação, o direito à vida e ao ambiente saudável, à cultura, à não escravidão e tortura, para citar alguns –, identificando cada um deles como *jus cogens*, em virtude de seus objetos. Embora, *prima facie*, represente a proteção de valores sacros à humanidade, a aparente apatia do *jus cogens* na ordem jurídica internacional suscitou opiniões de que o conceito seria uma ‘caixa vazia’ ou “um veículo que nunca deixou a garagem” – citando as famosas metáforas de Georges Abi-Saab.¹⁷⁰ e Ian Brownlie.¹⁷¹ Fato é que o *jus cogens*

¹⁶⁸ “Politically and morally, jus cogens remains a contested concept”. LINDERFALK, 2011, p. 378.

¹⁶⁹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado.** 2005. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 79.

¹⁷⁰ “[...] empty box, the category was still useful; for without the box, it cannot be filled”. ABI-SAAB, Georges. *The Third World and the Future of the International Legal Order.* **Revue Egyptienne de Droit International**, Le Caire, v. 29, p. 27-66, 1973, p. 53.

aparenta estar revestido de algum manto sagrado e inalcançável, cuja natureza legal apenas os ungidos podem confirmar, portanto pode ser considerado um tabu na aplicação do próprio direito internacional pelos tribunais internacionais, os quais são relutantes em identificar e replicar normas nitidamente peremptórias.

Portanto, devido aos valores protegidos pelo *jus cogens* se confundirem com a *raison d'être* da própria comunidade internacional de Estados, faz-se necessário avaliar os principais aspectos do conceito, desde seus fundamentos até seu conteúdo e as consequências de sua cristalização na ordem legal internacional, a partir de tratados, decisões dos tribunais internacionais e documentos de organismos especializados, como o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Conforme bem apontam Maarten den Heijer e Harmen van der Wilt,

“*jus cogens*” é um termo composto por um adjetivo (cogente), que exprime um anseio por ordem hierárquica, por *enforcement*. Significa a aversão à entropia e ao caos. Já o elemento substantivo (*jus*) possui conotação de anseio por justiça, sugere coesa e eterna ordem moral, poderosa fortaleza em uma sociedade instável – senão, anárquica.¹⁷²

Entretanto, a moral como elemento de justificação do *jus cogens* sempre suscitou debates intensos entre os juristas: se o conceito pode ser reconhecido a partir da moral, inerente ao ser humano e à comunidade de Estados, conforme defende a escola jusnaturalista, ou se existe e vigora apenas a partir da norma escrita e aprovada pela comunidade de Estados como um todo, conforme defende a escola juspositivista. Essa discussão adquire especial importância ao se analisarem os reflexos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a qual positivou o conceito de normas peremptórias de direito internacional geral.¹⁷³

Nesse sentido, nota-se que o ressurgimento da noção de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo ocorreu durante um período marcado pelo revisionismo jurídico, defendido pelos Estados emergentes do processo de descolonização e pelos Estados

¹⁷¹ “*I think jus cogens has become part of lex lata. At the same time, as has been pointed out, the vehicle does not often leave the garage. In other words the concept does not seem to have a lot of obvious relevance.*” BROWNLIE, Ian. Comment. In: CASSESE, Antonio; WEILER, J. H. **Change and Stability in International Law-Making**. New York: de Gruyter, 1988, p. 110.

¹⁷² “*The adjective ‘cogens’ meets our yearning for hierarchical order, in view of our abhorrence of entropy and chaos. The substantive ‘jus’ obviously connotes our craving for justice. The compound suggests an eternal and cohesive moral order, a mighty stronghold in an unstable, if not anarchical Society.*” HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der. *Jus Cogens and the Humanization and Fragmentation of International Law*. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Spronger, 2016, p. 4.

¹⁷³ UN, 1969.

socialistas.¹⁷⁴ Entretanto, o marco normativo encontra-se, sem dúvidas, na VCLT, que positivou a regra de que determinadas normas de direito internacional são peremptórias, ou de que a elas “[...] nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza”, nos termos do art. 53 da Convenção.¹⁷⁵

Outro relevante aspecto do *jus cogens* será avaliado a partir do fenômeno de fragmentação do direito internacional observado nas últimas décadas. É evidente, no contexto da comunidade internacional de Estados, que o grande número de tratados e acordos firmados representa uma contundente expressão do incremento da atividade normativa entre os Estados, as instituições e os organismos internacionais. Na esteira desse fenômeno, o direito internacional figura como ponto de partida (ou de divisão?), estabelecendo parâmetros e norteando a criação e expansão dos direitos e deveres dos sujeitos de direito internacional, levando assim a uma fragmentação do então intocável direito internacional geral em regimes autossuficientes – definição solidificada pelo relatório sobre fragmentação elaborado pela *International Law Commission* em 2006, sob a batuta de Martti Koeskeniemmi.¹⁷⁶ Aparentemente, a função do *jus cogens* é garantir harmonia e ordem na estrutura do sistema jurídico internacional, funcionando como amálgama entre o direito internacional geral e regimes fragmentados, a fim de garantir que estes não se separem do núcleo duro daquele.

Não se ignora, portanto, que as Organizações Internacionais “[...] podem facilitar o desenvolvimento das normas imperativas públicas. A diplomacia parlamentar vem adquirindo a cada dia mais força e pode impulsionar a retomada de discussões sobre o assunto, estimulando o debate objetivo sobre o seu conteúdo e a sua futura normatização.”¹⁷⁷

Por fim, o capítulo fará uma análise do recente Relatório *Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (jus cogens)*,¹⁷⁸ elaborado pela ILC em 2019. Embora merecedor de críticas por ter criado um incompleto catálogo de normas consideradas como peremptórias de direito internacional, trata-se, sem dúvidas, de um importante estudo e de relevante documento para a compreensão do *jus cogens* pela comunidade jurídica internacional.

¹⁷⁴ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997.

¹⁷⁵ UN, 1969.

¹⁷⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law. Report of the study group of the International Law Commission finalized by Martti Koskeniemi. Genebra, 2006. ILC, New York, 2006.

¹⁷⁷ FRIEDRICH, 2005, p. 81.

¹⁷⁸ ILC, 2019.

2.1 BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Embora apenas contemporaneamente o termo *jus cogens* tenha sido incorporado ao direito internacional positivado, sua existência como um conceito imperativo remonta aos escritos de um dos criadores do que hoje se conhece por direito internacional, o espanhol Francisco de Vitória. Traços de normas peremptórias podem ser encontrados na obra *De Indis e De Jure Belli Relectiones*, a qual debate sobre os direitos dos indígenas e a ilicitude do direito de conquista, em pleno século XVI, logo após a descoberta do Novo Mundo.¹⁷⁹

O *jus cogens* também pode ser identificado na argumentação de Hugo Grotius, no século XVII, principalmente na obra *De Jure Belli ac Pacis*, publicada em 1625.¹⁸⁰ Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à ‘razão de Estado’, a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional, visto que esta não pode prescindir do direito.¹⁸¹ Dinah Shelton observa que essa conexão da lei das nações com o direito natural (*jus naturale necessarium*) está presente na obra de Gentili, a qual claramente influenciou Grotius.¹⁸²

No século XVIII, *Jus gentium*, de Christian Wolff (1764),¹⁸³ e *Droit des gens*, de Emmerich de Vattel (1758),¹⁸⁴ lançaram as origens das obrigações imperativas de direito internacional e também sugeriram que elas são decorrentes do direito natural.

Sob um ponto de vista teórico, pode-se dizer que o conceito de norma peremptória de direito internacional surgiu no final do século XIX, quando juristas passaram a distinguir a validade de determinados tratados contrários às normas consideradas como imperativas de direito internacional, embora ainda não houvesse um processo claro para a distinção entre tais normas.

¹⁷⁹ “Nenhuma nação pode dar-se por não obrigada ante o direito das gentes porque ele é outorgado pela autoridade de todo o orbe.” VITÓRIA, Francisco de. **Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: EdUnB, 2016, p. 219.

¹⁸⁰ “*The Law of Nature is so unalterable, that it cannot be changed even by God himself. For although the power of God is infinite, yet there are some things, to which it does not extend. Because the things so expressed would have no true meaning, but imply a contradiction. Thus two and two must make four, nor is it possible to be otherwise; nor, again, can what is really evil not be evil*”. GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. 1. ed. London: M. Walter Dunne, 1901, p. 22.

¹⁸¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

¹⁸² SHELTON, Dinah. **Jus cogens**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

¹⁸³ WOLFF, Christian. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. The Classics of International Law. Oxford: Oxford University Press, 1934.

¹⁸⁴ VATTEL, Emmerich de. **Les droit des gens ou principes de la loi naturelle**. Tradução de Joseph Chitty. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1883. Livro II.

Contemporaneamente, traços da existência de *jus cogens* no direito internacional podem ser encontrados na jurisprudência do antigo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (1922-1946), de Haia, predecessor da atual Corte Internacional de Justiça. Segundo Alfred Verdross, é possível identificar que as decisões daquele tribunal eram baseadas na premissa de liberdade ilimitada – porém, não absoluta – dos Estados em concluir tratados entre si.¹⁸⁵

No entanto, o grande marco para a delimitação e conceituação do *jus cogens* pode ser encontrado, justamente, na obra de Verdross, de 1937, a qual estabeleceu uma distinção entre normas que os Estados não poderiam violar ao firmarem seus tratados e classificou-as (inicialmente) em dois grupos fundamentais: (i) normas específicas que vieram a se tornar compulsórias; e (ii) normas com objetivo de prevenir a conduta *contra bonos mores*.¹⁸⁶

Verdross acreditava na existência de normas com caráter de *jus cogens* no direito internacional, alegando que os princípios gerais de moralidade ou a ordem pública comum aos sistemas jurídicos das nações civilizadas constituem uma restrição às obrigações dos Estados em contratar. Assim, considerava que tais normas serviriam para anular tratados de propósito imoral, como, por exemplo: (i) um tratado internacional que impeça o Estado de manter a lei e a ordem em seu território; (ii) um tratado internacional que exponha a população do Estado ao sofrimento; (iii) um tratado internacional que obrigue um Estado a reduzir seu exército de forma a torná-lo indefeso contra ataques externos; e (iv) um tratado internacional que proíba um Estado de proteger seus cidadãos no exterior.¹⁸⁷

Conforme se infere, as normas consideradas imorais ofendem o objetivo inerente à existência da própria comunidade internacional de Estados, pressupondo um mínimo ético comumente reconhecido por estes entes, de forma a fazer com que eventual norma incompatível com este objetivo seja considerada nula de pleno direito. Nesse contexto, a norma peremptória, como conceito, foi significativamente influenciada e ascendeu no direito internacional a partir das contribuições de Verdross, particularmente as derivadas do direito natural.

Em relação à adoção, no direito internacional, do termo '*jus cogens*', verifica-se que tal concepção surgiu pela primeira vez no Tribunal Permanente de Justiça Internacional, por ocasião do julgamento do *case* Empréstimos Sérvio e Brasileiro (*Serbian and Brazilian*

¹⁸⁵ VERDROSS, Alfred. **Die Quellen des universellen Volkerrechts**. Freiburg: Verlag Rombach, 1973, p. 25.

¹⁸⁶ "A truly realistic analysis of the law shows us that every positive juridical order has its roots in the ethics of a certain community, that it cannot be understood apart from its moral basis". VERDROSS, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties"*. **American Journal of International Law**, [S. l.], v. 31, n. 4, p. 571-577, 1937.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 574-576.

Loans),¹⁸⁸ no qual foi identificado como um conceito de ordem pública presente na maioria dos sistemas legais. Entretanto, apenas a partir das Guerras Mundiais – especialmente após a crise moral posterior à II Guerra Mundial – e da criação da Liga das Nações percebe-se uma visível intensificação da aplicação do conceito de *jus cogens*, momento em que os tribunais internacionais iniciaram as discussões sobre este instituto. Por exemplo, em 1934, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento do caso de Oscar Chinn (*Oscar Chinn Case – Reino Unido vs Bélgica*),¹⁸⁹ estabeleceu um precursor debate moderno sobre *jus cogens*, ao declarar um tratado inválido diante da incompatibilidade com outra regra de direito internacional – neste caso, a Conferência de Berlim de 1884 sobre regulamentação do comércio das Bacias do Congo e Níger. O breve voto em separado (dissidente) do juiz M. Schücking¹⁹⁰ afirma que a criação do *jus cogens* seria possível a partir do momento em que os Estados aceitassem determinadas regras de direito e se comprometessem a não as alterar, de modo que qualquer ato contrário seria automaticamente nulo (não derogabilidade).¹⁹¹

Já no julgamento do primeiro *case* sob sua responsabilidade, Estreito de Corfu (*The Corfu Channel Case – 1949*), a Corte Internacional de Justiça expressamente reconheceu a existência de normas peremptórias, denominando-as “[...] considerações de elementar humanidade, as quais teriam precedência sobre a Convenção VIII de Haia, de 1907, aplicável em tempo de guerra, por serem ‘princípios gerais e bem assentados’ [...]”, como o “[...] princípio da liberdade das comunicações marítimas e a obrigação que incumbe a todo Estado de não permitir a utilização de seu território para a realização de atos contrários aos direitos de outros Estados”.¹⁹²

Outra importante manifestação da Corte no reconhecimento da existência e da aplicação do *jus cogens* – embora ainda não o denominando como tal – é o parecer consultivo

¹⁸⁸ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Oscar Chinn Case**. Judged in 12 dez. 1934. New York: PCIJ, 1934. (Series Judgments, Orders and Advisory Opinions, Fascicule n° 63).

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ “341. *And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even today, to create a jus cogens, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void.*” PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Oscar Chinn Case**. Judged in 12 dez. 1934. New York: PCIJ, 1934. (Series Judgments, Orders and Advisory Opinions, Fascicule n° 63).

¹⁹² “*Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.*” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Corfu Channel Case (Merits)**. 9 abr. 1949. San Francisco: ICJ, [2017?].

Reservas à Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1951.¹⁹³ A opinião da Corte sobre a intenção das Nações Unidas de condenar e reprimir o genocídio como um crime de *jus gentium*, o qual implica a recusa do direito à existência a inteiros grupos humanos, consagra que “[...] os princípios que estão na base da Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como princípios que vinculam os Estados, mesmo na ausência de obrigações oriundas de convenção”.¹⁹⁴ Ou seja, o elemento peremptório está claramente considerado na decisão da Corte.

A identificação de normas com caráter de *jus cogens* no direito internacional, seja pela construção teórica, seja pela aplicação por parte de tribunais, particularmente no pós-guerra, estabelece uma distinção fundamental entre normas ordinárias (*jus dispositivum*) e aquelas com caráter de inderrogabilidade (*jus cogens*), conforme visto anteriormente. A grande maioria das normas de direito internacional são classificadas como *jus dispositivum*, ou seja, desprovidas do caráter imperativo característico do *jus cogens*.

Entretanto, a partir da VCLT, de 1969, houve a positivação do conceito de *jus cogens* na ordem jurídica internacional, especialmente decorrente dos arts. 53 e 64 da Convenção, que será abordada a seguir. Assim, enquanto o *jus dispositivum* emana de acordos realizados entre os Estados, cujo objeto das normas pode sofrer alterações do conteúdo sem maiores obstáculos – apenas obedecendo à solenidade prevista no próprio acordo –, as normas de *jus cogens* possuem uma limitação imposta pelos referidos arts. 53 e 64 da VCLT, que não permitem nenhuma derrogação, tornando o acordo nulo. Em outras palavras, enquanto as primeiras são especificamente direcionadas ao interesse particular entre os acordantes, as últimas correspondem a obrigações e direitos coletivos assumidos no âmbito da comunidade internacional, exigindo a alteração apenas e tão somente por norma de igual grau hierárquico no direito internacional.

2.2 A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS (1969) E A DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONCEITO DE *JUS COGENS*

O conceito de normas peremptórias foi introduzido no direito internacional contemporâneo pela VCLT, de 1969, a qual estabelece regras, procedimentos e diretrizes

¹⁹³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**: Advisory Opinion (Advisory Opinion). 28 maio 1951. San Francisco: ICJ, [2017?].

¹⁹⁴ “The principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation” *Ibid.*, p. 23.

gerais para a composição de tratados pela comunidade internacional. O texto final foi preparado no decorrer de vinte anos, por célebres *special rapporteurs* apontados pela ILC, como os britânicos Lauterpacht (1º Relatório de 1953), Waldock (2º Relatório de 1958) e Fitzmaurice (3º Relatório de 1963).¹⁹⁵

Em termos gerais, os relatórios propuseram a inclusão, no projeto, de disposições sobre a nulidade de tratados contrários a certas regras de direito internacional, em particular aos princípios fundamentais das Nações Unidas e às normas que estabelecem crimes internacionais sujeitos à jurisdição universal. A noção de *jus cogens* foi incluída no art. 13 da Minuta de 1963, embora a discussão no seio da ILC tenha revelado críticas consideráveis a essa expressão, em especial por parte da França¹⁹⁶ – *persistent objector* do *jus cogens*.

Entretanto, com a aprovação do texto final do Tratado, em 1969, a definição de *jus cogens* foi positivada pelo art. 53, o qual estabelece regras para um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), e pelo art. 64, o qual prevê a superveniência de uma norma de *jus cogens* contrária a uma norma em vigência:

Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

[...]

Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.¹⁹⁷

Nota-se, portanto, que o conceito de *jus cogens*, conforme exposto na VCLT, induz a uma ideia primária de restrição do poder dos Estados em firmar tratados, considerando a existência de normas que são inderrogáveis no direito internacional, ou que todo o tratado é incompatível com uma regra de *jus cogens*.¹⁹⁸ Na definição de Tomouschat:

¹⁹⁵ O *jus cogens* foi introduzido na agenda da ILC a partir do *Third Report*, de G. G. Fitzmaurice, apontado como *special rapporteur* para o Direito dos Tratados sob o tema ‘Ilegalidade do Objeto’. Os primeiros *special rapporteurs* sustentavam a noção de ‘normas peremptórias de direito internacional’. A partir de Waldock (quarto *special rapporteur*), os membros da ILC uniram-se em torno da ideia de reconciliar o *jus cogens* ao positivismo, em suma, baseando-se na noção de que barrar acordos internacionais com fundamentos ilegais é um princípio de direito.

¹⁹⁶ UNITED NATIONS. **Conference on the Law of Treaties**: Summary records of the plenary meetings and the Committee of the Whole, 1st session, Eighteenth Meeting, 26 March–24 May 1968. New York: UN, 1968a.

¹⁹⁷ *Id.*, 1969.

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. **Principios de Derecho Internacional Público**. El Ateneo: Buenos Aires, 1965, p. 77; p. 276; p. 294 e ss; TUNKIN, Grigory Ivanovich. **Droit International Public**. Pedone: Paris, 1965, p. 96-100.

O significado original de *jus cogens* se refere à validade de tratados internacionais, como sugerido pelos Artigos 53 e 64 da VCLT. Ao classificar uma regra como *jus cogens*, reconhece-se a capacidade de restringir o poder de celebração de um tratado de dois ou mais Estados. Subsequentemente, o *jus cogens* tornou-se um denominador comum para consequências jurídicas especiais em outros campos das relações entre Estados – por exemplo, com respeito a imunidade de soberania.¹⁹⁹

Entretanto, é notório o desentendimento entre os participantes da Convenção quanto à conceituação – ou mesmo existência – do *jus cogens* e sua inclusão no texto final. Os bastidores da Convenção revelam que, para a aprovação do texto final, não havia coesão entre os representantes dos Estados-Membros. Segundo resume Władysław Czapliński, o conceito de normas peremptórias envolveu a discussão de um grande número de questões controversas durante os trabalhos de preparação para a Convenção, estando inclusas, porém, propostas de provisões de invalidade de tratados contrários a determinadas normas de direito internacional, em todos os *drafts* dos *rapporteurs* da ILC para este fim.²⁰⁰

Com efeito, o próprio termo ‘*jus cogens*’ não encontrou consonância entre os Estados, enfrentando críticas na fase de elaboração do texto preparatório. Por exemplo, o *draft* final de 1966²⁰¹ incluiu a noção de *jus cogens* no art. 50,²⁰² mas foi criticado tanto no ambiente da ILC, quanto nos comentários dos Estados, os quais rejeitavam a inclusão de normas peremptórias de direito internacional e não admitiam os elementos substantivos da proposta do texto final.

Verdross bem observa que, nas discussões sobre o *draft* da Convenção, a Comissão de Direito Internacional decidiu pela não inclusão de exemplos de normas revestidas de *jus cogens*, uma vez que isso poderia provocar equívocos quanto à aplicação em outros possíveis

¹⁹⁹ “The original meaning of *jus cogens* refers to the validity of international treaties, as suggested by Articles 53 and 64 of the VCLT. By classifying a rule as *jus cogens*, one recognizes its capacity to restrict the treaty-making power of two or several States. Subsequently, *jus cogens* became a common denominator for special legal consequences in other fields of inter-State relationships – for instance with regard to sovereign immunity” TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes* – concluding observations. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (ed.) **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations Erga Omnes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 429-430.

²⁰⁰ TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *Jus cogens* and the law of treaties by W-ADYS-AW CZAPLIN-SKI. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus cogens* and obligations *erga omnes***. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 85-86.

²⁰¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries**: Text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (at para. 38). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II. 1966. New York: ONU, 2005.

²⁰² *Ibid.*, p. 248.

casos, especialmente diante da impossibilidade, naquele momento, de elaborar uma lista completa de hipóteses de normas peremptórias de direito internacional geral.²⁰³

Essa aparente discordância entre os membros da comunidade internacional e da própria ILC se refletiu na votação durante os *travaux préparatoires*. Czapliński observa que 32 países expressaram concordância com o conceito de normas peremptórias (30% dos membros da UN), enquanto 10 o criticaram.²⁰⁴ Assim, observa o autor, possivelmente o conceito de *jus cogens* não poderia ser visto propriamente como direito consuetudinário anteriormente à sua entrada em vigor na Convenção de Viena.

Na votação final, no entanto, 72 Estados decidiram pela inclusão do art. 53 da Convenção, contra 3 pareceres contrários e 18 abstenções, o que poderia sugerir uma aceitação de boa parcela da comunidade internacional. Com efeito, Ulf Linderfalk afirma que a grande maioria dos juristas internacionais considerou o art. 53 da Convenção de Viena como um reflexo de direito internacional consuetudinário, reconhecendo-o como “[...] expressão de uma definição geral que vai além do limitado escopo da aplicação dos art. 53 e 64 da VCLT”.²⁰⁵ Com efeito, Friedrich sustenta que “[...] a forma abstrata como foi previsto, sem esgotamento do assunto, ao mesmo tempo em que gera ambiguidades e contradições, desperta esperanças de reconhecimento de interesses cosmopolitas, numa sociedade internacional que tem se mostrado eminentemente voluntarista”.²⁰⁶

A propósito, a questão do *jus cogens* ser considerado *lex lata* (efeitos jurídicos anteriores) ou *lex ferenda* (criação de nova espécie normativa), importante para as reflexões sobre a natureza do conceito a partir das escolas jusnaturalista e positivista, embora pareça um tanto quanto óbvia, é fonte de grandes discussões entre os juristas. Eis o ponto de divergência: se a Convenção de Viena concebeu a noção ou mesmo criou o *jus cogens* na ordem jurídica internacional ou se a Convenção apenas exteriorizou, numa positivação meramente declaratória – embora de todo relevante –, que determinadas normas internacionais são revestidas de imperatividade absoluta (não derogabilidade).

Há quem considere que os requisitos apresentados no art. 53 da Convenção se referem ao próprio surgimento do *jus cogens*: (i) a aceitação e o reconhecimento por parte da comunidade internacional como um todo; e (ii) norma investida de caráter peremptório, à qual nenhuma derrogação é permitida. Assim, em uma visão mais pragmática, uma regra apenas será de direito cogente se o consenso dos membros da comunidade internacional revesti-la

²⁰³ VERDROSS, 1966, p. 56.

²⁰⁴ TOMUSCHAT; THOUVENIN, 2006, p. 85-86.

²⁰⁵ LINDERFALK, 2011, p. 362

²⁰⁶ FRIEDRICH, 2005, p. 80.

dessa característica; trata-se de uma lógica circular, como observa Prosper Weil.²⁰⁷ A posição de Weil, entretanto, é totalmente contestada por Linderfalk – a propósito, com razão. Não há nada de paradoxal ou circular sobre os requisitos de identificação e reconhecimento do *jus cogens* a partir da leitura do art. 53 da Convenção de Viena, simplesmente porque este dispositivo não se trata de *lex ferenda* – ou seja, não criou o *jus cogens* na ordem jurídica internacional. Linderfalk explica:

Se os juristas internacionalistas consideram deficiente a definição de *jus cogens* prevista no art. 53 da Convenção de Viena, não é por causa do que de fato consta neste dispositivo. É por causa da suposição errônea de que o art. 53 pode ser usado para explicar algo que não pretende explicar: a criação do *jus cogens*.²⁰⁸

Essa aproximação de *jus cogens* ao costume, que levou David Kennedy a defini-lo como ‘norma super consuetudinária’,²⁰⁹ precisa ser analisada com maiores critérios. Ao se definir *jus cogens* apenas como uma forma de costume, com a característica ‘extra’ de não derogabilidade, confere-se ao *jus cogens* uma identificação apenas a partir do “[...] grau e intensidade de aceitação ou padrões de expectativa e quão intensamente mantida ou exigida uma determinada norma é dentro da comunidade”,²¹⁰ conforme observa Jordan Paust. Entretanto, a premissa de que uma norma peremptória de direito internacional seja assim considerada, apenas partindo-se da observância dos requisitos do costume, precisa ser verificada mais profundamente. Conforme se verá no decorrer do presente capítulo, mais do que a *opinio juris* e a prática reiterada pelos Estados, um elemento definitivo da conceituação de uma norma como *jus cogens* são os valores que ela representa na comunidade internacional, bem como a garantia de autodeterminação e proteção ao exercício dos direitos humanos, cuja prática reiterada é, justamente, um não agir (não escravizar, não torturar, proibir o genocídio).

Antonio Cassese, por exemplo, nega que o caráter de *jus cogens* de uma norma pressuponha seu *status* de norma consuetudinária. Isso ocorre porque o *jus cogens* pode

²⁰⁷ WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Recueil de cours, v. 237, 1992.

²⁰⁸ “If international legal scholars regard as deficient the definition of *jus cogens* laid down in Art. 53 of the Vienna Convention, it is not because of what is actually stated in this provision. It is because of the wrongful assumption that Art. 53 can be used to explain something it does not pretend to explain: the creation of *jus cogens*.” LINDERFALK, 2011, p. 374.

²⁰⁹ “Super-customary norm”. Cf.: KENNEDY, David. **International Legal Structures**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 1987, p. 26-27.

²¹⁰ “As one form of custom, *jus cogens* norms have, of course, at least the full power and authority of any customary norm, and when identifying or clarifying a norm of *jus cogens* one should consider the degree and intensity of general acceptance or patterns of expectation and how intensely held or demanded a particular norm is within the community. Yet *jus cogens* norms have an extra feature – unlike custom in general, it must be generally expected that such norms are peremptory”. PAUST, Jordan. The reality of *jus cogens*. **Connecticut Journal of International Law**, [S. l.], v. 81, p. 83-84, 1991.

existir, apesar da falta de respaldo na *opinio juris* e na prática estatal exigida para o costume. Assim, as normas *jus cogens* são *sui generis* em relação ao direito internacional consuetudinário, e não uma espécie dele, portanto podem ser aduzidas desde que uma maioria representativa de Estados evidencie a aceitação delas como tal.²¹¹

Em vista do exposto, deve ser considerado, além do caráter peremptório e inderrogável da norma, o *efeito* que ela pretende produzir. A tendência dos juristas, no entender de Linderfalk, é categorizar as normas internacionais como ordinárias ou *jus cogens*, devido, justamente, às suas consequências legais. Enquanto as primeiras podem ser simplesmente suprimidas ou modificadas a qualquer tempo, as últimas não estariam propensas a tais alterações, requerendo um processo muito mais solene para essa ocorrência, ou seja, a criação de uma nova norma, com a mesma natureza e as mesmas características. Esse efeito é o que Linderfalk sustenta ser a Teoria das Consequências Legais como Critério.²¹²

De acordo com essa teoria, o *jus cogens* pode ser dividido em normas de primeira ordem e normas de segunda ordem. As normas de primeira ordem, argumenta Linderfalk, são as normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*). Então, o conceito de *jus cogens* pressupõe a existência de normas que especifiquem as consequências jurídicas decorrentes da postulada superioridade do *jus cogens* sobre o direito internacional ordinário. Ter-se-ia, portanto:

- (i) Se o *jus cogens* criado antes da conclusão do tratado, o tratado será considerado nulo;
- (ii) Se o teor de uma reserva a um tratado estiver em conflito com uma regra de primeira ordem do *jus cogens*, a reserva será considerada nula;
- (iii) Se uma resolução adotada por uma Organização Internacional estiver em conflito com uma regra de primeira ordem do *jus cogens*, a resolução será considerada nula;
- (iv) Se a reivindicação de soberania sobre determinado território basear-se em ação que viole uma regra de primeira ordem do *jus cogens*, a reivindicação será considerada inválida.

²¹¹ Cf.: CASSESE, Antonio. For an Enhanced Role of Jus Cogens. In: CASSESE, Antonio (ed.). **Realizing Utopia: The Future of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012; SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, [S. l.], v. 250, 1992.

²¹² “[...] a Teoria das Consequências Legais como Critério implica que a normatividade do direito internacional é bipolar. Ela sugere que as normas jurídicas internacionais são ou anuláveis, ou não anuláveis, e que, por isso, pode-se falar de dois tipos de normas: normas do direito internacional comum e as normas de *jus cogens*. Na realidade, a diferença entre o *jus cogens* e o direito internacional ordinário é mais uma questão de graus do que de espécie”. LINDERFALK, Ulf. What is so special about *jus cogens*? On the difference between the ordinary and the peremptory international law. **International community law review**, [S. l.], v. 14, p. 3-18, 2012, p. 15.

As normas de *jus cogens* de segunda ordem não deixam de ser *jus cogens*, porém são superadas pelas de *jus cogens* de primeira ordem. Segundo o autor, para que o regime internacional de *jus cogens* seja eficaz, apenas a aplicação dessas regras não seria suficiente, sendo necessário que o *jus cogens* de segunda ordem pressuponha um *jus cogens* de primeira ordem (conforme destaque acima) e que ambos sejam acompanhados de uma norma que auxilie a definir o conceito de *jus cogens* para o propósito geral do direito internacional geral, com base no Art. 53 da VCLT.

Identificada, portanto, a aplicabilidade do *jus cogens* no contexto de superveniência normativa na ordem jurídica internacional, é importante identificar quais são, *prima facie*, os tipos de normas que possuem o caráter de *jus cogens*. O tema é espinhoso, pelos motivos já elencados, somados à precisa crítica de Friedrich, no sentido de que, embora reconheçam-se os avanços quanto ao conhecimento do conteúdo, a VCLT “[...] não foi suficiente para estimular os Estados e Organizações Internacionais a procederem à determinação concreta dos princípios e normas que deveriam integrar a norma imperativa de Direito Internacional Público”.²¹³ No espaço de discussão, a doutrina se dedica ao tema com afincado, motivo pelo qual se revela benéfico examinar, de acordo com a proposta de Verdross, a divisão do *jus cogens* em três grandes grupos, que, de uma forma geral, atendem aos requisitos de identificação de normas consideradas peremptórias de direito internacional geral:

- (i) regras de interesse da comunidade internacional como um todo, o que também significa a exclusão de normas proibidas pelo próprio *jus cogens*, a usurpação de poderes de terceiros Estados, ou imposição de restrição de liberdades que impossibilite a esses Estados de cumprirem suas obrigações perante a comunidade internacional;
- (ii) regras com propostas humanitárias, sem distinção de cor, credo, gênero; e
- (iii) regras inerentes ao uso da força, que foram introduzidas pela Carta da UN: absterem-se os Estados da ameaça (exceção à defesa coletiva e individual); solução de controvérsias internacionais por meios pacíficos e assistir às Nações Unidas em ações realizadas com base na Carta, o que significa não prestar auxílio a Estados aos quais tenham sido aplicadas sanções internacionais pelo Conselho de Segurança.²¹⁴

Dentre os grupos acima identificados, para fins do presente estudo, será enfatizada a identificação de normas peremptórias de direito internacional em relação à autodeterminação dos povos, à proteção dos direitos humanos e humanitários fundamentais e a outros valores igualmente protegidos pelo aspecto não derogável do conceito, como o direito da humanidade ao ambiente saudável.

²¹³ FRIEDRICH, 2005, p. 81.

²¹⁴ VERDROSS, 1966.

Pode ser dito como conclusão que, embora se trate de uma norma proeminente de direito internacional geral, mais palpável a partir de sua inclusão nos artigos da Convenção de Viena de 1969, o *jus cogens* é, há muito, aceito pela comunidade internacional como uma classe de preceitos jurídicos hierarquicamente superior às normas ordinárias que compõem a ordem jurídica internacional, o qual não pode ser derogado nem mesmo pela vontade soberana dos Estados.²¹⁵ Esta é, justamente, a importância da Convenção de Viena: a construção formal do *jus cogens* no plano jurídico internacional, reconhecendo, nos arts. 53 e 64 da Convenção, a nobreza dos valores defendidos pelo conceito e introduzindo a regra imperativa de que as normas conflitantes que violam o *jus cogens* são nulas de pleno direito.

2.3 FONTES DE OBRIGAÇÕES DO *JUS COGENS*: POSITIVISMO VS JUSNATURALISMO

Em 1944, durante o regime nazista, uma esposa, desejando se livrar de seu marido, relatou às autoridades nazistas que o homem havia formulado comentários depreciativos sobre Hitler, enquanto o sujeito estava em casa, de licença do exército alemão. Levado a julgamento, a esposa do réu apresentou seu testemunho confirmando os fatos, o que levou o marido a ser condenado à pena capital por um tribunal militar, por haver infringido estatutos que proibiam afirmar ou repetir quaisquer declarações hostis ao Terceiro *Reich*. Entretanto, conforme exigiam os esforços de guerra alemães, após o marido cumprir algum tempo na prisão, acabou por ser destacado para a frente de batalha. Com o encerramento da guerra e a derrota do regime nazista, tanto a mulher como o juiz que condenara o marido foram indiciados pela justiça, por ofensa ao art. 4.289 do Código Penal Alemão de 1871 – privação ilegal da liberdade de outrem (*rechtswidrige Freiheitsberaubung*). Como resultado do julgamento, o tribunal decidiu pela absolvição do juiz sentenciador, porém condenou a esposa por ter se utilizado, em sua consciência e por livre arbítrio, de uma lei nazista para levar à prisão ou mesmo causar a morte de seu marido.

No ano de 1958, Hart e Fuller protagonizaram uma notória discussão jurídico-filosófica sobre o caso da ‘Informante Rancorosa’, em forma de artigos publicados na Harvard Law Review (*Positivism and the Separation of Law and Morals* e *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*). Os referidos autores lançavam argumentos para

²¹⁵ TOMUSCHAT, 2006, p. 45.

compreender a aplicação da lei ao caso, examinando o impasse legal (e moral, principalmente) da justiça no período do regime nazista.

Em sua teoria, Hart afirma que a separação entre direito e moral permite uma visão mais clara das leis ditas imorais, defendendo a criação de nova disposição, a qual, de forma retroativa, converta em delito o ato que anteriormente não o era, caso se queira punir os abusos perpetrados durante um regime totalitário. Dessa forma, aborda a questão entendendo que deveria haver uma separação entre o direito e a moral e que a lei positiva poderia, portanto, ser descrita sem a ajuda da moral (embora influenciado por esta).

Em contrapartida, Fuller, um naturalista, vê as leis como uma forma de alcançar a ordem social e regular o comportamento humano por meio delas. Acredita que sistemas jurídicos são derivados das normas de justiça, que têm um aspecto moral, e que a lei positiva, na essência, deveria conter certos princípios formais, independentemente do seu conteúdo. Defende, portanto, que a validade de um sistema jurídico dependerá de uma moralidade interna (*inner morality of Law*), articulando sua teoria de lei natural em oito critérios formais de averiguação.²¹⁶

Analisando-se o caso da ‘Informante Rancorosa’ com as lentes positivistas de Hart, poder-se-ia dizer a decisão do Tribunal foi equivocada, eis que pouco importa quão hedionda fossem as leis sob a égide do regime nazista: se estavam de acordo com a legislação aprovada pelo *Reichstag*, tinham validade e aplicabilidade. De acordo com seu pensamento, haveria apenas duas possibilidades para o Tribunal resolver a questão e preservar a integridade da decisão judicial: deixar a esposa em liberdade, uma vez que a lei do Terceiro *Reich* a protegia, ou aprovar uma nova lei, revogando a lei sob a qual ela reivindicava proteção, cujos efeitos retroativos fossem hábeis em declarar os atos dos perpetradores das atrocidades nazistas como criminosos.

Já Fuller, sob o ponto de vista da lei e da moral, reconheceu a decisão da Corte, pois, com base em seus oito desideratos, as leis nazistas eram eminentemente ilícitas e careciam da necessária moralidade interna exigida do processo de legislar. Portanto, sem a inserção de uma variável moral na aplicação da lei, o Tribunal teria que absolver a esposa. Assim, Fuller acreditava que, a menos que as leis nazistas fossem tratadas como não leis, os perpetradores de males sob o regime nazista ficariam impunes.

²¹⁶ (i) Regras (ii) publicadas, (iii) prospectivas (iv), inteligíveis (v), não contraditórias, (vi) possíveis de cumprir (vii), razoavelmente estáveis ao longo do tempo e (viii) seguidas pelos funcionários. Cf.: FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven: Yale University Press, 1964.

Não raramente o direito enfrenta debates sobre a concepção de uma norma partindo de uma premissa jusnaturalista ou juspositivista. Com o *jus cogens* não foi diferente: sua introdução no texto final da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 gerou importantes disputas entre os autores quanto à natureza deste conceito, polarizando os teóricos e gerando tensão nas discussões para sua inclusão. Com efeito, vários representantes dos Estados salientaram o fato de que *jus cogens* deriva sua origem de conceitos de direito natural, defendendo que tais normas são baseadas na consciência jurídica e nas crenças morais da humanidade. Embora aparentemente ambíguo, conforme se verá a seguir, o *jus cogens* parece ser geralmente aceito pela comunidade internacional como importante elemento de certa ordem moral nas relações internacionais.²¹⁷

Conforme se infere, a importância dessa discussão reflete-se na concepção do *jus cogens* como *lex lata* ou *lex ferenda*, ou seja, na forma de identificação de normas peremptórias de direito internacional como normas intrínsecas e que evoluem de acordo com a própria evolução dos princípios formadores da sociedade, ou normas que podem ser reconhecidas como *jus cogens* apenas a partir da vigência da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Inicialmente, nota-se que o próprio conceito de *jus cogens* foi concebido e desenvolvido sob forte influência dos conceitos de direito natural. Diferentemente dos positivistas, que basicamente, defendem a ideia de liberdade completa e irrestrita de contratar, os jusnaturalistas pressupõe que os Estados não possuem liberdade irrestrita para estabelecer suas relações contratuais com a comunidade internacional, devendo observar os valores que formam ou ajudaram a formar essa comunidade. Assim, mesmo em uma sociedade internacional evidentemente anárquica, existe a obrigação, por parte dos Estados, de respeitar determinados princípios fundamentais e a moral, valores de ordem geral e arraigados no âmago da comunidade.

Assim, compreendendo-se a natureza do *jus cogens* a partir do seu conteúdo moral, duas questões fundamentais fomentam o debate entre direito natural e positivismo: o papel da moral no reconhecimento da validade das normas jurídicas e o reconhecimento das fontes da obrigação jurídica.

²¹⁷ “The introduction of the concept of *jus cogens* into the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 led to important disputes among authors as to the normative nature and importance of that notion. Although ambiguous, it seems to be generally accepted by the international community as an important element of certain moral order in international relations”. TOMUSCHAT; THOUVENIN, 2006, p. 97.

Para alguns autores, o *jus cogens* é um reflexo moderno do direito natural.²¹⁸ De acordo com eles, trata-se de uma limitação à liberdade dos Estados soberanos de escolher o conteúdo de seus acordos e à sua liberdade geral de ação, isto é, uma limitação do alcance do consentimento e da vontade no direito internacional não explicado por instrumentos do legalismo positivista. Assim, as normas com caráter de *jus cogens* vinculam todos os Estados – e todos os sujeitos de direito –, em virtude de seu valor moral intrínseco, tornando-se um direito necessário. Dessa forma, ao contrário de outras normas positivas de direito internacional, as normas com caráter de *jus cogens* não são obrigatórias aos Estados apenas porque foram aceitas após um processo legislativo ordinário, ou mesmo por diferentes formas de consentimento.

A partir da ótica do direito natural, há relativa facilidade em se verificar a existência de princípios primordiais e obrigatórios a todos os sujeitos de direito, independentemente de sua vontade. Assim, a emergência de normas de *jus cogens* em um sistema legal positivado envolve processos capazes de impor certas regras peremptórias de caráter geral, as quais são automaticamente aceitas pela sociedade. Embora facilmente identificável em um sistema jurídico interno, em que a soberania é comum a todos os membros, no direito internacional, diante da inexistência de um processo legislativo único, o reconhecimento de tais regras deriva do senso comum e, em muitas vezes, da proteção conjunta dos próprios valores formadores da comunidade internacional (respeito à vida, não agressão e direitos humanos, p. ex.).

Por outro lado, há quem afirme que o *jus cogens* decorre de sua positivação na interpretação literal do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, destaca-se a voz do quarto *rapporteur* da ILC, Sir Humphrey Waldock, cujo *draft* foi adotado na versão final para submissão à Convenção. Waldock baseou sua abordagem da questão acerca do *jus cogens* no direito positivo, muito mais do que no direito natural.²¹⁹ Para os positivistas, os interesses da comunidade internacional ou os valores morais inerentes não fazem parte do Direito – muito menos parte de um Direito superior –, necessitando alguma

²¹⁸ Cf.: DUBOIS, Dan. The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law? *Nordic Journal of International Law*, [S. l.], v. 78, n. 2, p. 133-175, 2009; JANIS, Mark W. The Nature of Jus Cogens. In: MAY, Larry; BROWN, Jeff (ed.). **Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings**. Wiley-Blackwell, 2010; O'CONNELL, Mary Ellen. Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms. In: CHILDRESS, Donald Earl (ed.). **The Role of Ethics in International Law**. Cambridge University Press, 2012; VON DER HEYDTE, Friedrich August Freiherr. **Völkerrecht**. München: Verlag für Politik und Wirtschaft Köln, 1958. v. 1.; DELUPIS, Ingrid Detter. **The International Legal Order**. London: Dartmouth Pub, 1994.; MOSLER, Hermann. Ius cogens im Völkerrecht. **Annuaire suisse de droit international**, v. 25, p. 9-41, 1968.

²¹⁹ “Based its approach to the question of jus cogens on positive law much more than on natural law”. UN, 1968a, p. 327.

forma de aprovação, na linha dos processos normativos regulares. Essa é a posição de Gennady Danilenko, por exemplo.²²⁰ O autor comenta que, no mesmo sentido, foi a manifestação do representante do Brasil durante a Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados:

[...] o direito internacional, por definição, foi formado por Estados, e nenhuma nobre aspiração, ou sentimento, ou amor ao progresso, ou anseio pelo bem-estar dos povos do mundo poderiam ser incorporados a instrumentos internacionais sem o consentimento coletivo da comunidade internacional.²²¹

A partir dessa opinião, verifica-se que a teoria positivista sustenta a necessidade de validação da norma pela comunidade internacional, sendo que, conforme expõe Danilenko, a necessidade de conceituar um Direito superior a partir do estabelecimento de critérios específicos tem resultado em uma gradual positivação do direito internacional.²²²

Robert Kolb, também de posição eminentemente positivista, critica pontualmente a teoria jusnaturalista de concepção do *jus cogens*, apresentando o que chama de ‘fraquezas’ da concepção naturalista.²²³ A primeira, segundo o autor, é a problemática de explicar como estas normas tornam-se parte integrante da ordem jurídica, eis que precisam ser objeto de um processo ordinário de criação da lei (seu conteúdo, por si só, é um critério muito fraco, devido à divergência de opiniões e, por conseguinte, gera insegurança jurídica pela mudança subjetiva de interesses e percepções).

A segunda é que esta possui uma insuficiência técnica, uma vez que é endereçada, em primeiro lugar, ao legislador, buscando impor alguns limites à criação e à alteração da lei, ou à sua criação e revogação. Entretanto, inversamente, o *jus cogens* diz respeito, primeiramente, à nulidade das derrogações entre si em um regime jurídico que permanecerá único para todos os sujeitos. Assim, “[...] a lei natural é um mecanismo meta-positivo para orientar a legislação”, ou seja, para fazer o direito, enquanto que o *jus cogens*, inversamente, “[...] é um mecanismo intra-positivo [*sic*] para questões de derrogação”,²²⁴ para manter a unidade de um regime jurídico geral. Em suma: a lei natural possui o condão de construção de um regime jurídico, enquanto que o *jus cogens* não deixa destruí-lo.

²²⁰ DANILENKO, Gennady M. *International jus cogens: issues of law-making*. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 2, n. 1, p. 42-65, 1991.

²²¹ [...] *international law was by definition formed by states, and no noble aspirations or sentiments, love of progress or anxiety for the well-being of the peoples of the world could be embodied in international instruments without the collective assent of the international community*”. UN, 1968a, p. 317.

²²² DANILENKO, *op. cit.*, p. 46.

²²³ KOLB, Robert. **Peremptory international law - jus cogens: A general inventory**. Oxford and Portland: Hart, 2015, p. 31 e ss.

²²⁴ “Thus, natural law is a meta-positive mechanism for orienting legislation, that is, for the making of law; jus cogens is conversely an intra-positive mechanism for issues of derogation.” *Ibid.*, p. 31.

Um terceiro ponto de fraqueza, na visão do autor, é que o direito natural conduz a uma equivocada interpretação do mecanismo do *jus cogens*, sob o ponto de vista de sua substância. Kolb sustenta que o direito natural limita o poder do Estado em contratar (assinar acordos na comunidade internacional), pois somente poderia ser admitido em um contexto racional, moral ou socialmente necessário, perspectiva que leva a uma concepção excessivamente limitada de *jus cogens*. Assim, se o *jus cogens* é compreendido como uma técnica jurídica da não derrogação, presume-se agir em um espaço mais prático e útil, porém, quando se limita a proposições de direito natural, “[...] seu escopo é estreito demais para ser de grande valor prático, ou demasiado inflado ideologicamente para ser de ampla aceitação prática na comunidade internacional”.²²⁵

Por fim, em caso de alteração, o direito natural poderia conflitar com o art. 53 da VCLT, o qual prevê que o *jus cogens* é norma sujeita à alteração (ou alterável por norma de mesma grandeza). Essa previsão, segundo Kolb, aproxima o conceito de *jus cogens* mais à teoria positivista do que à jusnaturalista, por se tratar visivelmente de um conceito de direito positivo ou, no mínimo, de uma técnica legal.

Conforme se depreende da teoria positivista em direito internacional, a questão principal para o positivismo jurídico não repousa no fato de que algumas normas tenham ou expressem conteúdo moral, mas que o reconhecimento e a validade de certas regras dependam da moralidade. Este é, precisamente, o desafio que as normas de *jus cogens* parecem impor ao positivismo – normas que existem claramente em virtude de juízos éticos. Em outras palavras, o debate entre naturalistas e positivistas não pode pressupor apenas que normas positivas tenham algum conteúdo moral: é preciso, antes, compreender que a própria existência de normas jurídicas depende, necessariamente, da moralidade ou de alguma avaliação ética.

Por outro lado, a justificativa juspositiva para o *jus cogens* pode ser abordada pela análise das fontes de direito internacional, pelas quais a expressão da vontade da comunidade internacional revela seus valores básicos e articula suas aspirações. Esse ponto de vista é vital para a compreensão da natureza do *jus cogens*, pois bastaria compreender a fala da comunidade internacional como um todo para estabelecer a não derogabilidade de determinados conceitos que possuem uma categorização diferenciada no plano do direito internacional. Daí a importância, conforme se infere, da análise detida dos tratados internacionais, das decisões de tribunais internacionais e das Resoluções da Assembleia Geral da UN, apenas para citar alguns exemplos.

²²⁵ “[...] its scope is either too narrow to be of great practical value, or else too ideologically inflated to be of wide practical acceptance in the international arena of States”. KOLB, 2015, p. 31.

Em suma, para alguns autores, o problema de compreender o *jus cogens* a partir da moral é que poderia haver, na prática, a utilização do conceito como um mecanismo estatal para descompromissar-se de tratados que sejam desfavoráveis. Nesse sentido, Prosper Weil cita dois exemplos: a Alemanha nazista contestou o Tratado de Versalhes com base no seu suposto caráter imoral, ao passo que os soviéticos, os quais alegaram a nulidade do Pacto Atlântico e do Tratado de Roma, contestaram-nos por contrariedade ao princípio superior das relações amigáveis entre os Estados.²²⁶ Entende-se, entretanto, que as alegações de ambas as nações evidentemente visavam defender interesses próprios, antes mesmo da percepção sobre a moralidade desses tratados – ou imoralidade –, para sua denúncia. Ou seja, se a finalidade da denúncia do tratado, em si, é imoral (interesse próprio em detrimento da comunidade de Estados), e não o tratado propriamente dito.

Com efeito, deve se ter em mente que a moral, na identificação do *jus cogens*, representa os valores mais fundamentais na formação e na existência da comunidade internacional, isto é, a própria consciência da humanidade. Conforme expressou a Corte Internacional de Justiça no já mencionado parecer consultivo *Reservas à Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1951*, o genocídio é considerado um crime pelo direito internacional, pois “[...] envolve a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros, uma negação que choca a consciência da humanidade e resulta em grandes perdas para a humanidade, e que é contrária à lei moral e ao espírito e aos objetivos da Nações Unidas”.²²⁷

Essa consciência da humanidade nada mais é do que a moral e o respeito aos valores intrínsecos dos indivíduos e Estados que formam a comunidade internacional. Portanto, não se pode afirmar categoricamente que a inclusão da variável moral na aceitação e no reconhecimento de uma norma peremptória de direito permitiria um desvio para finalidades egoísticas ou mesmo ilegítimas dos Estados. Gustav Radbruch, famoso jurista alemão com diversos estudos publicados após a II Guerra Mundial, tornou-se crítico do positivismo jurídico, justamente por se convencer de que a postura positivista legitimou o direito nazista,

²²⁶ WEIL, 1992, p. 271-272.

²²⁷ “*The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”. ICJ, 1951, p. 23.

portanto passou a adotar uma compreensão mais humana do Direito, no sentido de reconhecer a justiça como um de seus fundamentos.²²⁸

Nesse sentido, o *jus cogens*, como norma de ordem geral, defende a integridade moral e política do sistema internacional, elementos pétreos da ordem jurídica internacional, na medida que protegem os objetivos compartilhados da comunidade internacional e os meios para alcançar esses objetivos compartilhados. Mark Retter é cirúrgico: “Para identificar se uma norma é *jus cogens*, deve-se perguntar se a norma particular é uma salvaguarda fundamental da integridade moral ou política da comunidade internacional em sua coordenação para alcançar seus objetivos compartilhados ou bem comum”.²²⁹

Portanto, o fato de o *jus cogens* expressar os interesses superiores da comunidade internacional remete ao questionamento sobre a principal função das normas assim identificadas: a proteção dos diferentes sujeitos do direito internacional, bem como dos acordos e das ações que atentem contra os valores fundamentais da comunidade internacional. Verdross argumenta que o *jus cogens* não existe para a satisfação de necessidades individuais de Estados, mas sim para satisfação dos “[...]mais altos interesses de toda comunidade internacional”.²³⁰ Essas questões zelam pela coexistência entre os diferentes sujeitos de direito internacional, preservando assim a essência do sistema internacional.

2.4 DISTINÇÃO ENTRE *JUS COGENS* E OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* NO DIREITO INTERNACIONAL

No direito internacional, as diferentes categorias de normas fundamentais distinguem-se de acordo com as consequências jurídicas a elas atribuídas. Por um lado, como visto, o *jus cogens* representa um conjunto de regras cujo efeito é o poder de anular tratados conflitantes com regras peremptórias de direito internacional, a teor do art. 53 e do art. 64 da VCLT. Por outro, as obrigações *erga omnes* são aquelas criadas pelo reconhecimento geral de Estados que dão a terceiros Estados o direito de invocar seu cumprimento contra o Estado ou grupo de Estados que as violaram. Ou seja, trata-se de um conceito de responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional.

²²⁸ Cf.: BOROWSKI, Martin. Gustav Radbruch’s Critique of Legal Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (ed.). **The Cambridge Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press: 2021. p. 627-650.

²²⁹ RETTER, Mark. Jus Cogens: Towards an International Common Good? **Transnational Legal Theory**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 537-571, 2011, p. 569.

²³⁰ “The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international Community.” VERDROSS, 1966, p. 58.

O Relatório da ILC de 2006, denominado *Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law*,²³¹ finalizado por Martti Koskenniemi, conclui que as obrigações *erga omnes* diferem do art. 103 da Carta das Nações Unidas²³² e do *jus cogens*. Segundo o Relatório, as “[...] obrigações *erga omnes* designam o âmbito de aplicação do direito relevante e as consequências procedimentais relevantes dele decorrentes”.²³³ Depreende-se disso, portanto, que as obrigações *erga omnes* não se caracterizam pelo seu conteúdo, mas essencialmente pelo fato de a obrigação poder ser invocada por qualquer Estado em caso de violação, e não apenas pelos diretamente envolvidos nesta violação, conforme leitura do parágrafo 380, *in fine*.²³⁴

Assim, um de seus elementos é o direito dos Estados não diretamente afetados por um ato internacionalmente ilícito de invocar a responsabilidade do ofensor de uma norma perante a comunidade internacional, seja em seu próprio nome, seja em nome de sujeitos de direito internacional que não estão em condições de apresentar uma reclamação por conta própria, ou simplesmente como membros da comunidade internacional de Estados. Simplificadamente, essa é a grande distinção entre normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* na comunidade internacional.

A responsabilidade estatal perante a comunidade internacional é o que permeia a definição das obrigações *erga omnes*, pois estas não são definidas pelo direito internacional dos tratados (haja vista a inexistência uma convenção geral de codificação). Stefan Kadelbach comenta sobre a dificuldade de se encontrar critérios geralmente reconhecidos para a identificação de regras *erga omnes*. Para o autor, o método usual é cotejar a prática de determinado Estado com os casos em que outros Estados – não diretamente afetados por um ilícito internacional – adotaram contramedidas sem, no entanto, serem responsabilizados por um ato ilícito.²³⁵

²³¹ ILC, 2006.

²³² “ARTIGO 103 – No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.” No original: “*In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.*”. UNITED NATIONS. United Nations Charter, Chapter XVI: Miscellaneous Provisions. UN, New York, [201-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3ybhnv4>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²³³ ILC, *op. cit.*, p. 193.

²³⁴ “380. *Obligations erga omnes are different from Article 103 of the United Nations Charter*²³⁴ and *jus cogens*. Whereas the latter are distinguished by their normative power - their ability to override a conflicting norm - obligations *erga omnes* designate the scope of application of the relevant law, and the procedural consequences that follow from this.” *Ibid.*

²³⁵ KADELBACH, Stefan. The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 21-40, p. 35.

Em suma, as normas criadoras de obrigações *erga omnes* são aquelas oriundas do reconhecimento geral dos Estados, os quais conferem a terceiros Estados o direito de invocar seu cumprimento contra o Estado ou grupo de Estados que as violaram. Contudo, é importante lembrar que, apesar de enunciar importantes obrigações na comunidade internacional, a natureza *erga omnes* de uma obrigação não indica a superioridade hierárquica dessa obrigação sobre outras, pois a exigibilidade universal é característica própria apenas das obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas e das normas com *status* de *jus cogens*, a teor do que explica o Relatório sobre Fragmentação do Direito Internacional da ILC.²³⁶

Outra distinção feita pela ILC entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes* é, especialmente, o foco que cada uma das normas possui. Nos comentários aos Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados, na 53ª Sessão (2001), a Comissão observou que, enquanto o *jus cogens* se concentra no alcance e na prioridade a ser dada a um certo número de obrigações fundamentais, o foco das obrigações *erga omnes* para com a comunidade internacional como um todo está no interesse jurídico de que todos os Estados cumpram tais obrigações.²³⁷

De uma forma geral, portanto, a definição das obrigações *erga omnes* difere das do *jus cogens* no sentido de que as primeiras se referem mais ao direito adjetivo, procedimental e em especial à possibilidade de ser submetido a julgamento no plano internacional,²³⁸ enquanto as últimas são de caráter substantivo e peremptório, inadmitindo exceções – nem mesmo por consenso. Ou seja, obrigações *erga omnes* são um efeito do *jus cogens*. A propósito, conforme aponta Kadelbach, a exclusão do consenso como justificativa para derrogações *inter se* permite supor que exceções unilaterais também não podem ser aceitas.²³⁹

Ao se analisar o art. 53 em consonância com o art. 64 da VCLT, verifica-se a previsão de uma sanção especial referente ao *jus cogens* – e que não se aplica às obrigações *erga omnes*: a invalidação de um Tratado que ofenda normas com *status* de *jus cogens*, seja o Tratado como um todo (Art. 53) ou apenas parte dele (Art. 64). Desta observação advém a

²³⁶ ILC, 2006, § 380, *in fine*.

²³⁷ “While peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (with commentaries)**. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected. New York: ONU, 2008.

²³⁸ “[...] em particular à autoridade para apresentar reclamações internacionais relacionadas com a violação de normas peremptórias do direito internacional”. TOMUSCHAT; THOUVENIN, 2006, p. 85.

²³⁹ KADELBACH, 2006, p. 19.

conclusão que, substancialmente, as normas que criam obrigações *erga omnes* na comunidade internacional coexistem com as normas peremptórias, porém não possuem a capacidade de invalidar acordos internacionais. Thomas Kleinlein observa:

Se uma obrigação *erga omnes* for violada, isso resultará na responsabilidade do Estado por essa violação para com a comunidade internacional dos Estados. Portanto, as obrigações *erga omnes*, diferentemente do *jus cogens*, não estabelecem uma hierarquia substancial, que é, como vimos, definida como uma situação em que uma norma jurídica tem força para derogar outra norma jurídica, ao passo que esta norma jurídica não tem força para derogar a primeira.²⁴⁰

Assim, diferentemente das normas peremptórias de direito internacional geral, as obrigações *erga omnes* não removeram a liberdade dos Estados de assumir – ou rejeitar – novas obrigações, conforme observa Andreas Paulus. Para o autor, as obrigações *erga omnes* nem mesmo criam direitos adicionais para Estados não diretamente afetados pela violação de uma obrigação.²⁴¹

Com efeito, a ordem jurídica internacional recepciona a existência de uma classe de preceitos que são hierarquicamente superiores às normas ordinárias de direito internacional, os quais não podem ser ignorados ou mesmo derogados pela vontade soberana dos Estados. Essa asserção é tão simples e direta que Tomuschat chega a considerar a discussão sobre a distinção entre normas *erga omnes* e *jus cogens* uma ‘futilidade’.²⁴² Isso porque, para o jurista, a própria comunidade internacional defende os valores neles encapsulados (*jus cogens*) e reconhecidos na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual, formalmente introduziu nos arts. 53 e 64 a regra de que a violação do *jus cogens* por tratados os torna nulos.²⁴³

²⁴⁰ “If an obligation *erga omnes* is breached, this results in state responsibility for that breach towards the international community of states. Therefore, obligations *erga omnes* other than *jus cogens* do not establish a substantial hierarchy, which is, as we have seen, defined as a situation in which a legal norm has the force to derogate another legal norm, whereas this legal norm does not have the force to derogate the first norm.” KLEINLEN, Thomas. *Jus Cogens* as the ‘Highest Law’? Peremptory Norms and Legal. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: *Jus Cogens: Quo Vadis?*** Haia: Springer, 2016. p. 173-210, p. 193.

²⁴¹ PAULUS, Andreas L. *Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Re-appraisal. **Nordic Journal of International Law**, [S. l.], v. 74, p. 297-334, 2005, p. 313.

²⁴² TOMUSCHAT, 2006, p. 425.

²⁴³ *Ibid.*

2.5 FUNÇÕES DAS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL: UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA DIANTE DA FRAGMENTAÇÃO EM REGIMES AUTOSSUFICIENTES

A atual fase de progresso da sociedade internacional reflete a intensificação da atividade jurídico-normativa dos Estados, incrementada pelo constante processo de globalização, com efeitos na economia, na política, nos negócios e nas relações interestatais e interpessoais. O alto grau de dependência recíproca dos Estados reflete a necessidades específicas de normatização e gerenciamento das interrelações, justamente pelo incremento da própria atividade internacional e pela diversificação de seu objeto. O direito internacional adquire, portanto, papel fundamental aos propósitos da comunidade de Estados, principalmente no que tange à sua coexistência pacífica.

O direito internacional, como se sabe, não é estanque e constantemente se diversifica e se expande. O reflexo desse fenômeno de contínua mutação é a especialização em temas cada vez mais específicos e sob a égide do direito internacional. Com efeito, a partir da integração entre os Estados e da complexidade inerente à sociedade internacional anárquica, observa-se uma tendência natural de compartimentação das relações jurídicas em regimes especiais, sistematizando as diversas áreas vitais aos Estados e, ultimamente, aos indivíduos. Trata-se de um fenômeno que não foi pensado, organizado ou mesmo planejado: ocorreu de forma natural²⁴⁴ e aparenta ser um padrão a se perpetuar pelo tempo. Como assevera Antonio Cassese: “[...] a comunidade mundial está repleta de uma miríade de ordens jurídicas”.²⁴⁵

A emergência de esferas especializadas internacionais em áreas como os direitos humanos, a proteção ambiental, a liberalização do comércio e dos investimentos, que são relativamente autônomas em estrutura e ação, tem movimentado algum debate na comunidade internacional. Para os críticos desse fenômeno, o argumento recorrente é que o direito internacional estaria em um avançado estágio de esvaziamento, e tal aspecto poderia refletir

²⁴⁴ “*The period of confidence, 1870–1914: fragmentation was the prologue to unity: from the mid-nineteenth century until the outbreak of the First World War, the discipline evolved in an atmosphere of confidence and innovation. International lawyers did not hesitate to claim that ‘considerable progress has been accomplished in international law’ and that ‘never before has human solidarity been so well understood’.* [...] *The preponderance of specialized rules was a temporary and even fortunate stage that would, in due course, generate international law’s universality. In this context the specialization of legal rules was seen as a positive and desirable phenomenon that would eventually lead to their universality.*” MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and faith in international law. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 22, p. 1-28, 2009, p. 10.

²⁴⁵ “The world community swarms with myriad legal orders.” CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of “Role Splitting” (dedoublement fonctionnet) in International Law. **International Law**, [S. l.], v. 1, p. 210-231, 1990.

em falta de segurança jurídica e distanciamento dos preceitos originais do próprio direito internacional geral.²⁴⁶ Portanto, o direito internacional, nas palavras de Christian Leathley, seria “[...] vítima de seu próprio sucesso.”²⁴⁷ Leathley, particularmente, opõe-se à ideia de fragmentação do direito internacional, defendendo uma hierarquização absoluta a partir da criação de uma Corte Internacional, visando centralizar a jurisprudência internacional²⁴⁸ e coibir o surgimento de novos tribunais internacionais especializados,²⁴⁹ de modo a enfraquecer e, enfim, exterminar a fragmentação do direito internacional.²⁵⁰

Obviamente, é inegável a função primordial do direito internacional geral – elemento central e imprescindível na conexão de seus vários elementos estruturais. Assim, a fragmentação se traduz apenas em especializações pontuais, sistemas que facilitam e melhor instruem o propósito da atividade internacional, porém sem se desconectar totalmente do *corpus juris* sedimentado pelo direito internacional. Como bem anota Pulkowski:

De um lado, novos regimes especiais de direito internacional têm evoluído como uma resposta às insuficiências ou à falta de flexibilidade percebidas do sistema geral. Por outro lado, os mesmos regimes que se emanciparam do direito internacional geral permanecem dependentes de seu corpo de normas em vários aspectos, incluindo, como medida de último recurso, a aplicação de obrigações primárias. Em outras palavras, a fragmentação da ordem legal internacional requer uma afirmação simultânea de seus pilares sistêmicos centrais, incluindo o direito internacional.²⁵¹

A 54ª Sessão da ILC (2002) estabeleceu um grupo de estudos (*Study Group*) para realizar um diagnóstico aprofundado sobre o assunto. O já mencionado Relatório da ILC

²⁴⁶ Koskenniemi e Leino afirmam que alguns argumentos dos críticos à fragmentação, tais como “a perda de controle geral”, “a falta de um plano geral”, um direito “fragmentado e sem gerenciamento” são resultados da “ansiedade pós-moderna”, surgida das incertezas, dos conflitos e dos paradoxos da globalização. KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law: postmodern anxieties? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, n. 15, p. 553-579, 2002, p. 556.

²⁴⁷ LEATHLEY, Christian. An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: has the ILC missed an opportunity? **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 40, p. 259-306, 2008, p. 263.

²⁴⁸ Por exemplo, Georg Schwarzenberger defende a inexistência de *jus cogens* pela ausência de um centro de governo com força cogente e tribunais com jurisdição compulsória para formular regras semelhantes às da política pública em nível nacional. Em outras palavras, afirma que o direito internacional precisaria ser respaldado por autoridade e aplicação suficientes para legitimar qualquer obrigação legal peremptória. Cf.: SCHWARZENBERGER, Georg. International Jus Cogens? **Texas Law Review**, [S. l.], v. 43, p. 455-469, 1964, p. 455.

²⁴⁹ Cesare Romano sustenta que o surgimento desses tribunais é resultado de um processo de investidura dos Estados soberanos em organizações internacionais, para que então estas possam criar seus próprios padrões legais internacionais. Argumenta ainda que o poder de interpretação e aplicação se trata de um processo absolutamente natural. ROMANO, Cesare. The Proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, p. 709-751, 1999, p. 728.

²⁵⁰ LEATHLEY, *op. cit.*, p. 266-267.

²⁵¹ PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2006, p. 529.

intitulado *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*,²⁵² apresentado na 58ª sessão,²⁵³ em 2006, pode ser considerado um marco da avaliação dos efeitos substantivos da fragmentação e da autonomia de cada área fragmentada em relação às demais e ao próprio direito internacional geral.

De uma forma geral, o Relatório aborda diversos elementos, visando estabelecer um diagnóstico sobre a fragmentação, dentre os quais se destaca, contudo, o estudo sobre a função e o escopo da regra ‘*lex specialis*’ e ‘regimes autossuficientes’. O brocardo “*lex specialis derogat legi generali*” é expressão do direito internacional consuetudinário e funciona como técnica de solução de conflito normativo. Segundo Emmerich de Vattel, a superveniência de norma identificada com o mesmo objeto, porém tratando sobre o assunto de forma mais específica, derroga o tratado geral, justamente por “[...] admitir menos exceções que o geral; ele é ordenado com maior precisão e aparenta ter sido mais incisivamente pretendido”.²⁵⁴

Por sua vez, a aplicação da *lex specialis* poderá surgir em duas situações distintas: a superveniência de uma regra particular, com efeito de aplicação de uma regra geral, ou uma regra particular que modifique, revogue, derroge ou ab-rogue uma regra geral já existente.²⁵⁵ Como exemplo prático, na decisão do caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungria vs Eslováquia),²⁵⁶ a Corte Internacional de Justiça oportunamente invocou o brocardo em sua decisão. No julgamento de 1997, assim se manifestou a Corte:

§132. [...] é de suma importância que a Corte decidiu que o Tratado de 1977 ainda está em vigência e, conseqüentemente, rege a relação entre as partes. Esta relação também é determinada por regras de outras importantes convenções das quais os dois Estados são partes, pelas regras de direito internacional geral e, no caso particular, pelas regras da responsabilidade do Estado; mas é regido, acima de tudo, pelas regras aplicáveis do Tratado de 1977, por ser *lex specialis*.²⁵⁷

A importância do reconhecimento da Corte Internacional de Justiça de que uma *lex specialis* derroga a *lege generali* é o próprio fundamento para a legitimação da fragmentação do direito internacional. Significa dizer que uma norma mais específica terá precedência sobre aquelas normalmente associadas ao direito internacional geral, e que este deverá confiar sua aplicação à norma mais especializada, reservando *status* peculiar a um regime próprio e

²⁵² ILC, 2006.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ VATTEL, 1883.

²⁵⁵ Exceção feita a normas que tenham o status de *jus cogens*.

²⁵⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia). Overview of the case. The Hague, 1997. ICJ, San Francisco, [2017?].

²⁵⁷ *Ibid.*

fragmentado do direito internacional, portanto, nessa capacidade, *autossuficiente*. Porém, esse ‘poder’ da *lex specialis* não é ilimitado, visto que, se assim o fosse, poderia determinar a própria extinção do direito internacional geral. É justamente neste ponto que o *jus cogens* adquire vital relevância.

O *jus cogens* traduz-se na precedência de certas normas de direito internacional sobre as demais, sendo consideradas normas hierarquicamente superiores,²⁵⁸ imperativas de direito internacional geral (art. 53 da VCLT) e ainda exceções ao princípio da liberdade dos Estados em concluir tratados e regras absolutas, não sendo derogáveis nem mesmo *inter partes* (art. 64 da VCLT), conforme já amplamente mencionado no decorrer do capítulo. O *jus cogens*, revestido dessas características, protege determinados valores da comunidade internacional que são imutáveis e representam o que há de mais sagrado na relação dos Estados entre si e na relação que estabelecem com os indivíduos. Assim, o *jus cogens* pode ser considerado o amálgama entre o direito internacional geral e os regimes autossuficientes, garantindo que a expansão do direito internacional não desvincule os temas especializados de seu núcleo duro, qual seja, os próprios valores que sustentam a sociedade internacional.

Nesse sentido, Robert Kolb defende que o *jus cogens* funciona como uma “[...] técnica jurídica protetora contra a fragmentação do direito em uma pluralidade de regimes legais separadamente aplicáveis, sob o pretexto de autonomia privada”,²⁵⁹ ou seja, sob a ótica do *jus cogens*, o brocardo *lex specialis derogat generali* deve ser substituído por *lex specialis non derogat generali cogentis*.²⁶⁰

Sob o aspecto da teorização do direito internacional, o fenômeno da fragmentação atrai sentimentos distintos. Anne-Charlotte Martineau argumenta que os juristas internacionais descrevem o desenvolvimento das normas especializadas ora com confiança, ora com ansiedade,²⁶¹ a depender do que concebem como o projeto jurídico internacional mais adequado.²⁶² Classificando esse movimento como recorrente e cíclico, a autora explica a relação entre confiança e temor da seguinte forma:

²⁵⁸ “Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: *Jus cogens*. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (*jus cogens*, Article 53 VCLT), that is, norms ‘accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted’.” ILC, 2006, p. 182.

²⁵⁹ “*Jus cogens* is a legal technique which protects against fragmentation of the law into a plurality of separately applicable legal regimes under the guise of private autonomy”. KOLB, Robert. **Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory**. Hart: Oxford, 2015, p. 3.

²⁶⁰ *ibid.*, loc. cit.

²⁶¹ No original: “*anxiety*”.

²⁶² MARTINEAU, 2009, p. 3.

A fé nesses fenômenos é geralmente expressa em momentos de confiança, enquanto o medo da fragmentação domina o campo em momentos de ansiedade. No entanto, há uma relação estreita entre confiança e ansiedade: aumentar o medo da fragmentação é, muitas vezes, um endereço crítico para a confiança anterior e, inversamente, expressar fé na especialização emerge e responde à ansiedade anterior.²⁶³

As ansiedades da própria comunidade internacional é que determinaram (como determinam) a mutação do direito internacional e sua expansão em regimes autossuficientes – e esse fenômeno não ocorreu por acaso. Martti Koskenniemi e Päivi Leino defendem que estes regimes especiais fragmentados e especializados são partes de uma tentativa de avançar para além do presente político, o qual, de uma forma ou de outra, revelou-se insatisfatório sob a ótica da comunidade internacional.²⁶⁴ Com efeito, os juristas defendem um novo olhar para o “véu protetor da igualdade soberana” e a posição “formalista-consensual da Corte Internacional de Justiça” em seus julgados *après-garde*: “[...] uma política de tolerância e pluralismo, não apenas compatível com a fragmentação institucional, mas sua melhor justificativa”.²⁶⁵ Em suma, a humanização do direito internacional, o alcance do sujeito nuclear e a proteção dos valores da comunidade internacional de forma mais direta e específica seriam as justificativas para a fragmentação do direito internacional em regimes especiais.

Percebe-se, então, que o reconhecimento pela ILC da existência de regimes especializados e autossuficientes em direito internacional apenas reafirma uma realidade, que é a atuação quase autônoma de determinadas áreas já fragmentadas, oriundas do próprio direito internacional geral. Tais regimes possuem objeto específico definido, direitos e obrigações próprias, com área delimitada, cujo aspecto principal é sua aplicação em consonância aos objetivos e às propostas peculiares a esses regimes. Assim, apesar de suas particularidades, todos os regimes especializados são fundados sobre o substrato do direito internacional geral, extraindo daí a solução para divergências que possam surgir na própria aplicação do regime fragmentado. Segundo a eloquente metáfora de Pierre-Marie Dupuy, os

²⁶³ “Faith in those phenomena is generally expressed in times of confidence, whereas fear of fragmentation dominates the field in times of anxiety. Yet there is a close relationship between confidence and anxiety: to raise fear over fragmentation is often a critical address to previous confidence and, conversely, to express faith in specialization emerges from and responds to previous anxiety.” MARTINEAU, 2009, p. 3.

²⁶⁴ “To read the debate about fragmentation as if it had to do only with coherence in the abstract is to be mistaken about what is actually at stake. Special regimes and new organs are parts of an attempt to advance beyond the political present that in one way or another has been revealed unsatisfactory.” KOSKENNIEMI; LEINO, 2002, p. 578.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 579.

regimes autossuficientes “[...] falam uma língua em que a gramática comum é o direito internacional”,²⁶⁶ cujo núcleo duro, conforme visto, é o *jus cogens*.

2.6 *JUS COGENS* E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Invariavelmente, os interesses comuns da humanidade orbitam em torno da busca por paz e segurança, bem como da proibição do uso da força. É isso o que garante a estabilidade e, por assim dizer, a própria existência da comunidade internacional, uma sociedade heterogênea e de diferentes interesses. Entretanto, existem valores comuns separados do interesse dos Estados e levados à comunidade internacional para proteção dos indivíduos e da nacionalidade: os direitos humanos, os quais são implementados e aplicados pela comunidade internacional na forma de direitos individuais ou de grupos particulares, estabelecendo-se aqui a preocupação da comunidade internacional.²⁶⁷

Tratados como elemento revolucionário no direito internacional,²⁶⁸ os direitos humanos têm paulatinamente preenchido as discussões sobre *jus cogens* na comunidade de Estados, o que Cançado Trindade traduz como a “humanização do direito internacional”, ou a emergência de um “novo *jus gentium*”, ou ainda o “direito internacional da humanidade”.²⁶⁹ Segundo o autor, o novo *jus gentium* do século XXI está sendo construído sobre uma base mais humanitária, da qual decorre a universalização do direito internacional contemporâneo, identificando e protegendo valores e metas comuns superiores da comunidade internacional e em respeito à humanidade. O *jus cogens*, segundo essa visão, vai além do direito dos tratados, alcança a responsabilidade dos Estados e projeta o próprio *jus cogens* como fundamento do direito internacional universal, além de se constituir em pilar básico para o novo *jus gentium*.²⁷⁰

²⁶⁶ “[...] *speak a language in which the common grammar is international law*”. DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the “Fragmentation” of International Law. **European Journal of Legal Studies**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 1-19, 2007, p. 4.

²⁶⁷ KLEINLEIN, 2016, p. 19.

²⁶⁸ TOMUSCHAT, 2006, p. 425.

²⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 29-44, 2009, p. 5-6.

²⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new jus gentium**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. General Course on Public International Law - Part I. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, p. 336-346.

A atribuição de um conteúdo ético ao novo *jus gentium* possui similaridades com o trabalho desenvolvido por Verdross em 1937.²⁷¹ É perceptível que o *jus cogens* se constitui em um conceito de direito internacional que visa satisfazer os mais altos interesses da comunidade internacional como um todo, conforme enfatizado em estudo semelhante, que revolucionou e elevou o *jus cogens* na década de 1960.²⁷² Segundo Verdross, são exemplos de normas peremptórias de direito internacional geral a proibição do uso da força e todas as normas de direito internacional com propostas humanitárias.²⁷³ Também nesse sentido, resume Kadelbach:

[...] o conceito de *jus cogens* é fundado em interesses comunitários e caracterizado pela proibição de dispor sobre determinados direitos, seja em prejuízo próprio ou em prejuízo de outrem não estão em condições de providenciar eficazmente a sua própria proteção, tais como povos, grupos ou indivíduos.²⁷⁴

Ou seja, existem determinadas normas que regem a comunidade internacional de Estados e são hierarquicamente superiores às ordinárias, sendo inderrogáveis e absolutas, normas estas mantidas por seus próprios valores e para a existência da comunidade internacional. Essa é uma decorrência do reconhecimento dado ao *jus cogens* a partir da Convenção de Viena, especificamente, como visto, pelos arts. 53 e 64 do texto final. A propósito, tome-se por exemplo a moderna definição de *jus cogens* formulada pelo representante mexicano durante a Conferência das Nações Unidas em Viena: “As normas de *jus cogens* são aquelas que derivam de princípios que a consciência jurídica da humanidade considera como absolutamente essenciais para a coexistência na comunidade internacional”.²⁷⁵

Nesse sentido, é interessante replicar a perspectiva de Sidney Guerra e Fernanda Tonetto quanto à identificação de valores que entendem ocupar o topo da hierarquia jurídica internacional. A condução da investigação dos autores foi permeada pela dissecação acurada “[...] do edifício construído pelo conjunto das convenções internacionais e pela construção

²⁷¹ SAUL, Matthew. Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges. *Asian Journal of International Law*, Cambridge, v. 5, n. 1, p. 26-54, 2015.

²⁷² VERDROSS, 1966.

²⁷³ *Ibid.*, p. 57-59.

²⁷⁴ “[...] the concept of *jus cogens* is founded on community interests and characterized by the prohibition against disposing over certain rights, be it to one’s own disadvantage or to the detriment of others who are not in a position to provide effectively for their protection themselves, such as peoples, groups or individuals”. KADELBACH, 2006, p. 35.

²⁷⁵ “The rules of *jus cogens* [are] those rules which derive from principles that the legal conscience of mankind deem[s] absolutely essential to coexistence in the international community”. UN, 1968a.

jurisprudencial em matéria de direito internacional dos direitos humanos”.²⁷⁶ A partir desse procedimento, os valores que daí emergiram e legitimam a existência de direitos universais de caráter absoluto, por isso mesmo considerados intangíveis, foram a proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento.

Com efeito, Christian Tomuschat defende que, a partir da emergência do *jus cogens*, a imunidade soberana deixou de ser a peça central da ordem legal internacional, dando a vez aos direitos humanos. Daí decorre que, no âmbito do direito internacional, não é permitido aceitar determinados atos ilícitos, que possam destruir a coexistência em um mundo em que as nações e indivíduos possuem direito e legitimidade em ocupar.²⁷⁷ Conforme se denota, as normas revestidas de *jus cogens* integram a base da constituição da ordem jurídica internacional, segundo a qual os direitos humanos emergem como reconhecidas e essenciais normas peremptórias de direito internacional.

As provisões jurídicas internacionais relativas aos direitos humanos decorrem, principalmente, dos tratados internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – e das decisões dos tribunais internacionais. Esses valores, cultivados pela comunidade internacional como elementos fulcrais para sua própria existência, têm sido mais enfaticamente introduzidos na forma de provisões humanitárias, ou seja, direitos humanos aplicados em defesa de determinados grupos de indivíduos.

Nesse sentido, convém esclarecer que o direito humanitário decorre dos direitos humanos. A principal diferença entre ambos é a quantidade de pessoas protegidas por seus respectivos tratados: enquanto os direitos humanos protegem todo e qualquer indivíduo, o direito humanitário protege indivíduos qualificados como ‘pessoas protegidas’, geralmente compatriotas ou pertencentes a um determinado grupo étnico. Entretanto, o sujeito de direito humanitário independe de sua nacionalidade, conforme observa Alexander Orakhelashvili:

[...] a proteção concedida a qualquer indivíduo abrangido por tal tratado é estipulada em termos objetivos e normativamente indivisíveis. Mesmo que uma “pessoa protegida” não seja o mesmo que o próprio nacional do Estado beligerante relevante, ela ainda está protegida em termos não derogáveis. O fato de os tratados de direito humanitário protegerem X, mas não Y, não é, como tal, indicação de que as regras

²⁷⁶ GUERRA, Sidney Cesar Silva; TONETTO, Fernanda Figueira. A proteção internacional dos direitos humanos e a construção dos valores intangíveis da humanidade. **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, Duque de Caxias, v. 9, n. 2, p. 1-29, 2019.

²⁷⁷ TOMUSCHAT, 2006, p. 425.

que protegem X sejam bilateralizáveis ou estipuladas sob a condição de a pessoa protegida ter uma determinada nacionalidade.²⁷⁸

Assim, os direitos e as obrigações decorrentes de tratados internacionais sobre direito humanitário não se referem especificamente aos Estados signatários. O destinatário da norma é o indivíduo, revestindo de inderrogabilidade as obrigações que decorrem de tratados de direitos humanos e direitos humanitários. E tais fatores possibilitam a distinção entre os tratados de direito humanitário e os demais tratados multilaterais de objeto diverso, ou seja, pela importância do objeto, os primeiros não admitem manobras de barganhas interestatais.²⁷⁹

No que tange ao escopo substantivo de aplicação, pode ser dito que o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos possuem a mesma base de aplicação, e.g., a proibição da tortura.²⁸⁰ Porém, cada ramo do direito possui provisões diversas, como as questões relativas à situação de combatentes e prisioneiros de guerra, específicas ao direito internacional humanitário. Cordula Droege, escrevendo sobre as afinidades eletivas entre os dois ramos do direito, assim opina: “Um breve panorama da evolução histórica e dos casos recentes mostra que [...] hoje não há dúvida de que o direito dos direitos humanos vem complementar o direito humanitário em situações de conflito armado”.²⁸¹ Portanto, infere-se que, de uma forma geral, o direito humanitário se ocupa da conduta e das vítimas de um conflito armado, cujas fontes primárias de direito são as Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais,²⁸² a Convenção da Haia de 1907,²⁸³ as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e as normas de direito internacional consuetudinário.

²⁷⁸ “[...] *the protection accorded to any individual covered by any such treaty is stipulated on objective and normatively indivisible terms. Even if a ‘protected person’ is not the same as the relevant belligerent State’s own national, he or she is still protected on non-derogable terms. The fact that humanitarian law treaties protect X but not Y is not as such indication that the rules protecting X are bilateralisable or stipulated on the condition of the protected person having a particular nationality*”. ORAKHELASHVILI, Alexander. Audience and Authority: The Merit of the Doctrine of Jus Cogens. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Springer, 2016. p. 115-145, p. 127.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Artigos 2 e 3 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

²⁸¹ “*A brief overview of historical developments and of recent cases shows that [...] there is today no question that human rights law comes to complement humanitarian law in situations of armed conflict*”. DROEGE, Cordula. Elective affinities? Human rights and humanitarian law. **International Review for the Red Cross**, [S. l.], v. 90, n. 871, 501-548, 2008, p. 501.

²⁸² Cf.: <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>.

²⁸³ Cf. a Convenção (IV) concernente às Leis e Costumes da Guerra Terrestre e seu anexo: Regulamentos relativos às Leis e Costumes da Guerra Terrestre. Haia, 18 de outubro de 1907. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>.

Observa-se que a proliferação do *jus cogens* se deve, principalmente, ao constante enfoque da comunidade internacional nos direitos humanos, conforme defendem Heijer e van der Wilt.²⁸⁴ Assim, é necessário considerar que as obrigações básicas da comunidade internacional são obrigações convencionais contidas na Carta da UN, com a qual todos os Estados membros concordaram: abster-se do uso de força contra outro Estado, resolver pacificamente as disputas e respeitar direitos, liberdades fundamentais e autodeterminação. Os Estados, de uma forma geral, aceitaram as convenções humanitárias sobre as leis da guerra que expressa o direito internacional consuetudinário. Ainda, os regimes multilaterais para os oceanos, o espaço e os componentes-chave da responsabilidade ambiental são amplamente aceitos na ordem jurídica internacional. Todas essas obrigações os Estados aceitaram livremente, e todas elas são parte dos valores da comunidade internacional, representando o que minimamente é necessário para a conservação e dignidade do indivíduo – interesse comum da humanidade. Por isso há quem defenda a possibilidade de exigir, no âmbito da comunidade de Estado, o cumprimento das obrigações acima relacionadas, conforme sólida opinião de Heijer e van der Wilt.

De uma forma geral, os direitos humanos estão arraigados na moral e nos interesses da humanidade. O respeito aos direitos humanos é uma obrigação prevista no art. 1 (3) e no art. 55 da Carta das Nações Unidas, cujas provisões, analisadas em conjunto com o art. 103, tornam a obrigação de agir de acordo com o princípio de respeito pelos direitos humanos uma obrigação que supera quaisquer outras obrigações conflitantes existentes fora da *Carta*. Assim, pode-se afirmar que todo direito humano é do interesse da comunidade internacional em um sentido amplo, representando seus valores, a partir dos quais o *status* de *jus cogens* da norma será indicado por sua característica fundamental de não derogabilidade.

Nesse sentido, a ILC, nos seus comentários aos Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados, na 53ª Sessão (2001), ao abordar o art. 40 – “responsabilidade internacional de uma violação grave por parte de um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral” –, reafirma que existem regras peremptórias que visam “[...] proibir o que veio a ser visto como intolerável, por causa da ameaça que representa à sobrevivência dos Estados e seus povos e aos valores humanos mais

²⁸⁴ HEIJER; WILT, 2016, p. 3.

básicos”.²⁸⁵ Percebe-se, portanto, a intrínseca relação entre os direitos humanos, decorrentes de valores da própria humanidade, e o *jus cogens* – normas que protegem tais valores fundamentais.

Assim sendo, alguns dos direitos humanos possuem, essencialmente, o caráter de *jus cogens*, qual sejam:

- (i) O direito à vida (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, art. 6º);
- (ii) O direito à integridade física (PIDCP, art. 7º; Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, art. 3º; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, art. 5º);
- (iii) A proibição de leis penais *ex post facto* (PIDCP, art. 15; CEDH, art. 7º; CADH, art. 9º);
- (iv) A proibição de genocídio (Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, art. 1º);
- (v) A proibição de crimes de guerra (Convenção de Genebra IV, arts. 146 e 149);
- (vi) A proibição de escravidão (PIDCP, art. 8º; CEDH, art. 4º; CADH, art. 6º);
- (vii) A proibição de discriminação com base em raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social; (PIDCP, arts. 4º e 16; CADH, art. 3º);
- (viii) A proibição de prisão por dívida civil (PIDCP, art. 11);
- (ix) A proibição de crimes contra a humanidade (Estatuto do TPI, art. 7º);

Também nesse sentido, o art. 4 (2) do PIDCP oferece orientações sobre a não derrogação dos direitos humanos, afirmando que, mesmo em circunstâncias de emergência, a proibição da tortura, do genocídio e da escravidão, o reconhecimento das pessoas perante a lei e o direito à vida e à liberdade de pensamento e consciência permanecem inderrogáveis.

É possível inferir que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – uma interpretação específica sobre os direitos humanos decorrentes das provisões da própria Carta das Nações Unidas²⁸⁶ e aparentemente apoiadas no direito internacional consuetudinário –, está rapidamente se estabelecendo como *jus cogens*.²⁸⁷ Nesse sentido, destaca-se o voto do

²⁸⁵ “It is not appropriate to set out examples of the peremptory norms referred to in the text of article 40 itself, any more than it was in the text of article 53 of the 1969 Vienna Convention. The obligations referred to in article 40 arise from those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values”. ILC, 2001.

²⁸⁶ UNITED NATIONS. **Final Act of the International Conference on Human Rights**. Teheran, 22 abr. to 13 may 1968 (Proclamation of Teheran). New York: United Nations, 1968b.

²⁸⁷ McDOUGAL, Myres S.; LASSWELL, Harold D.; CHEN, Lung-chu. **Human rights and world public order: the basic policies of an international law of human dignity**. New York: The Vail-Ballou Press, 1980, p. 345.

Juiz Fouad Ammoun no caso *Barcelona Traction*,²⁸⁸ julgado pela ICJ: “Assim, a partir de uma prática já longa das Nações Unidas, o conceito de *jus cogens* obtém maior grau de eficácia, ao ratificar, como norma imperativa de direito internacional, os princípios constantes do preâmbulo da Carta”,²⁸⁹ – opinando acerca das disposições de direitos humanos inseridas neste documento.

Outro exemplo de tratamento dos direitos humanos pela ICJ pode ser encontrado na Opinião Consultiva denominada *Reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1951)*, a qual demonstra a expressa opinião da Corte, reiterando a importância da Convenção na salvaguarda e existência de grupos humanos e endossando princípios elementares da moralidade, ou seja, reconhecendo o ponto fulcral dos direitos humanos como os próprios valores inerentes à humanidade:

As origens da Convenção mostram que era intenção das Nações Unidas condenar e punir o genocídio como “um crime de direito internacional” envolvendo a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros, uma negação que choca a consciência da humanidade e resulta em grandes perdas, e que é contrário à lei moral, ao espírito e aos objetivos das Nações Unidas (Resolução 96 (1) da Assembleia Geral, 11 de dezembro de 1946). A primeira consequência decorrente dessa concepção é que os princípios subjacentes à Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigatórios para os Estados, mesmo sem qualquer obrigação convencional.²⁹⁰

Ainda no âmbito da ICJ, no parecer sobre as *Consequências Jurídicas da Construção do Muro no Território Palestino Ocupado (2003)*, reafirmou-se que todos os Estados não deveriam reconhecer esta situação ilegal e abster-se de prestar assistência, uma vez que a construção manejada por Israel violava uma série de normas fundamentais e peremptórias de direito internacional geral, dentre as quais podem ser citadas a proibição do uso da força, o direito a autodeterminação e o direito internacional humanitário e dos direitos humanos.²⁹¹

²⁸⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (New Application: 1962). Judgment delivered 5 fev. 1970. ICJ, San Francisco, [2017?].

²⁸⁹ “Thus, through an already lengthy practice of the United Nations, the concept of *jus cogens* obtains a greater degree of effectiveness, by ratifying, as an imperative norm of international law, the principles appearing in the preamble to the Charter.” *Ibid.* p. 304. No mesmo sentido: SOHN, Louis B. *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States*. **American University Law Review**, [S. l.], v. 32, n. 1, 1982.

²⁹⁰ “The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation”. ICJ, 1951, p. 23.

²⁹¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Overview of the case (Advisory opinion). 9 jul. 2004. ICJ, San Francisco, [2017?].

A expressiva *opinio juris* da ICJ também ecoou no Tribunal Penal Internacional, para a antiga Iugoslávia, o qual, no julgamento de Anto Furundžija, ex-comandante do grupo *jokers*, unidade do Conselho de Defesa Croata (1998), estabeleceu a intrínseca relação entre a proibição absoluta de derrogação de uma norma à sua natureza, explicando como isso decorre de uma forte evidência de valores fundamentais das normas e de sua importância para a humanidade.²⁹² Assim, entendeu o Tribunal que as ditas normas são aplicadas a todos os Estados, caracterizando-se pela não derogabilidade e, conseqüentemente, pela peremptoriedade do direito internacional.

Conforme se depreende da acanhada amostra de casos concretos envolvendo a aplicação e a defesa dos direitos humanos pelas Cortes internacionais, são proeminentes o caráter moral envolvido e a preocupação com o sujeito nuclear de direitos (indivíduo), reservando-se a este a intransigente proteção dada pelo *jus cogens* estabelecido pela comunidade internacional. Esse é, justamente, o âmago da importância e da emergência da humanização do direito internacional.

Com efeito, há até mesmo quem defenda que a verdadeira explicação sobre a existência do *jus cogens* não é encontrada na existência de uma comunidade internacional de Estados, mas sim na própria essência dos seres humanos.²⁹³ Linderfalk, por exemplo, explica que uma corrente mais naturalista do *jus cogens* defende que esse tipo de norma deriva de ideais intrínsecos à “consciência universal”, sustentada igualmente por todos os seres humanos pela simples razão de serem humanos.²⁹⁴ A propósito, esse foi justamente o conceito adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, no qual o órgão firmou a posição de que o *jus cogens* deriva diretamente da unidade da família humana.²⁹⁵

²⁹² “It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*. This prohibition is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture.” INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). **Prosecutor v. Anto Furundžija**. Judgement case n. IT-95-17/1-T. 10 dez. 1998. [S. l.]: ONU, 1998, p. 55.

²⁹³ Cf.: GEORGE, Robert P. **In defense of natural law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 235.

²⁹⁴ LINDERFALK, Ulf. **Understanding *jus cogens* in international law and international legal discourse**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2020.

²⁹⁵ Inter-American Court of Human Rights, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion, OC-18/03, paras 99-100. A Corte reconheceu que o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação no Direito Internacional, o qual “ingressou no domínio do *jus cogens*”. Por este princípio se “permeia todo o ordenamento jurídico”. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03. 17 set. 2003. Requested by the United Mexican States. [S. l.: s. n.], 2003.

A ICJ, timidamente, tem cristalizado determinados aspectos inerentes ao *jus cogens*, seja pelos seus pareceres consultivos, ou por votos em separado e mesmo nos julgamentos dos *cases*, constituindo-se em fator de desenvolvimento do conceito de normas peremptórias na ordem jurídica internacional. No *case Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America)*,²⁹⁶ por exemplo, indicou a Corte que a proibição do uso da força, além de direito internacional consuetudinário, é um proeminente exemplo de normas peremptórias. No *case Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs Senegal – 2012)*, a Corte estabeleceu que “[...] a proibição da tortura faz parte do direito internacional consuetudinário e torna-se uma norma imperativa”.²⁹⁷ No *case Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening – 2012)*, a ICJ considerou vários aspectos do *jus cogens*, determinando que não há conflitos entre imunidade (soberana) e normas peremptórias de direito internacional.²⁹⁸ No *case Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs Uganda – 2006)*, indicou a Corte que crimes contra a humanidade se trata de *jus cogens*, concluindo que o crime de genocídio é uma norma peremptória de direito internacional.²⁹⁹

Os julgados da Corte indicam que a percepção do *jus cogens* – e em especial dos direitos humanos e humanitários – está em franca expansão, constituindo-se em consequência inevitável da afirmação e da própria existência de normas peremptórias no direito internacional, não se limitando (ou subjugando) às normas convencionais – nem mesmo ao direito dos tratados. Nesse sentido, argumenta Cançado Trindade, o *jus cogens* representa a consciência jurídica internacional, protegendo os direitos mais básicos da humanidade. Em suas palavras:

[...] o domínio do *jus cogens*, além do direito dos tratados, abrange igualmente o direito internacional geral. Além disso, o *jus cogens*, no meu entendimento, é uma categoria aberta, que se expande na medida em que a consciência jurídica universal

²⁹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Judgment merits 27 jun. 1986. ICJ, San Francisco, [2017?].

²⁹⁷ “*The prohibition of torture is part of customary international law and become a peremptory norm*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Overview of the case. Judgment dated 20 jul. 2012. ICJ, San Francisco, 2012a.

²⁹⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Overview of the case. Judgment rendered 3 fev. 2012. ICJ, San Francisco, 2012b.

²⁹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment of 19 dez. 2005. ICJ, San Francisco, [2017?].

(fonte material de todo Direito) desperta para a necessidade de tutelar os direitos inerentes a cada ser humano em toda e qualquer situação.³⁰⁰

Segundo essa opinião, pode ser dito que o *jus cogens*, como uma categoria aberta e propícia à expansão, visando à proteção dos direitos humanos, constitui-se em um pilar do novo *jus gentium*, o proclamado direito internacional da humanidade.

Assim, é possível concluir que as normas peremptórias de direito internacional servem ao superior interesse da comunidade internacional como todo, reverberando seus valores mais básicos de proteção ao indivíduo. Os direitos humanos, portanto, são identificados com o próprio *jus cogens*, decorrendo dessa asserção que devem ser assegurados para preservar os valores mais importantes e vitais da humanidade e da comunidade internacional como um todo.

2.6.1 A autodeterminação dos povos como elemento fundamental de *jus cogens*

O direito à autodeterminação é um princípio fundamental do sistema jurídico internacional, segundo o qual cada povo detém o direito à livre escolha de seu *status* político. O Art. 1º (2) da Carta das Nações Unidas prevê, como objetivo das Nações Unidas, “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”.³⁰¹

O escopo da autodeterminação vem evoluindo no decorrer das últimas décadas, em resposta ao novo contexto geopolítico da comunidade de Estados e com bases na prática estatal, na jurisprudência da ICJ e em importantes documentos de relevância internacional, como a Carta das Nações Unidas, conforme visto.

Embora ainda não se vislumbre uma homogeneidade interpretativa quanto à natureza do direito à autodeterminação, o conceito parece indicar um direito coletivo para as pessoas livremente determinarem seu próprio *status* político e perseguirem o desenvolvimento econômico social e cultural, adquirindo assim contornos de *jus cogens*. De uma forma geral, o

³⁰⁰ Conforme o parecer de Cançado Trindade “[...] *the domain of the jus cogens, beyond the law of treaties, encompasses likewise general international law. Moreover, the jus cogens, in my understanding, is an open category, which expands itself to the extent that the universal juridical conscience (material source of all Law) awakens for the necessity to protect the rights inherent to each human being in every and any situation*”. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003, §§ 68-69.

³⁰¹ “*To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace*”. UN, 1945, Art. 1º (2).

direito internacional reconhece o direito dos povos à plena participação política e à identidade cultural, em um contexto autônomo e adequado aos valores mais fundamentais da sociedade.

Historicamente, segundo contextualiza Fozia Lone, o conceito de autodeterminação foi concebido a partir do despertar nacional da consciência coletiva dos europeus e norte-americanos nos séculos XVIII e XIX, relegando o foco do pensamento da época, eminentemente calcado na soberania e na proteção da liberdade e dos direitos dos indivíduos com base na lei. A autora ainda afirma que os princípios de autodeterminação expressos durante as Revoluções americana e francesa foram baseados no direito natural das pessoas, que é a gênese da sua expressão moderna.³⁰²

Entretanto, o conceito de autodeterminação passou a ter significativa relevância no direito internacional somente a partir do período subsequente à II Guerra Mundial, quando o mundo testemunhou o processo de descolonização dos antigos impérios coloniais europeus. Ainda de acordo com as lições de Fozia Lone:

Durante o início da era da UN, o direito à autodeterminação foi prontamente aceito e desenvolvido em dois períodos históricos distintos. Dos anos 1940 a 1960, o processo de descolonização foi conduzido dentro das fronteiras coloniais. Qualquer ato que ameaçava o princípio *uti possidetis*, que protegia a integridade territorial das colônias, era largamente rejeitado. A preocupação principal da UN nesse período era acelerar a descolonização e preservar a integridade territorial dos novos Estados de modo que a unidade de autodeterminação fosse descrita em contexto territorial como a “população no todo”. O termo “povo” foi conservadoramente construído como “população ou habitantes de uma unidade territorial distinta”.³⁰³

Com efeito, a UN tornou-se o fórum das discussões e dos incentivos aos meios para a autodeterminação dos países descolonizados, da qual decorre, inclusive, a emergência do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, tema a ser tratado de forma exclusiva no próximo capítulo.

Analisando-se o contexto da autodeterminação em um mundo pós-colonial, percebe-se que este conceito surgiu nos domínios do direito internacional pela proposta final da Carta das Nações Unidas, aparecendo, conforme visto, no seu artigo 1º (2), bem como no art. 55. O artigo 1º (2) da Carta estabeleceu que o propósito da organização era “[...] desenvolver

³⁰² LONE, Fozia Nazir. **Historical title, self-determination and the Kashmir question**: changing perspectives in international law. Leiden: Brill Nijhoff, 2018, p. 133.

³⁰³ “During the start of the un era, the right to self-determination was readily accepted and developed in two distinct historical periods. From the 1940s to the 1960s, the decolonisation process was carried out within colonial borders. Any act that threatened the principle of *uti possidetis*, 235 which protected the territorial integrity of colonies, was largely rejected. The fundamental concern of the un during this era was to accelerate decolonisation and preserve the territorial integrity of the new states such that the unit of self-determination was described in territorial context as the ‘whole population’. 236 The term ‘people’ was conservatively construed as the ‘population or inhabitants of a distinct territorial unit.’” *Ibid.*, p. 134.

relações amistosas entre as nações com base no respeito ao princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos”. Por sua vez, o artigo 55 foca na criação das condições de estabilidade necessárias para as relações amigáveis e pacíficas, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e à autodeterminação dos povos.³⁰⁴

Do mesmo modo, observa-se a inclusão da autodeterminação na forma de Resoluções da Assembleia Geral da UN, em especial as Resoluções Unga nº 1514/1960³⁰⁵ e nº 1541/1960 (XV).³⁰⁶ A partir de 1966, com a emergência das duas Convenções sobre Direitos Humanos da UN – Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR)³⁰⁷ e Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR)³⁰⁸ –, a autodeterminação passou também a ser articulada como um direito humano em instrumentos oficiais da Organização.³⁰⁹

A ideia central do direito à autodeterminação se fundamenta na liberdade da subjugação dos países colonizadores, conforme se depreende da Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (Resolução Unga nº 1514/1960), a qual declara que “A sujeição de povos à subjugação, exploração e domínio estrangeiros constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da promoção da paz e cooperação mundiais” (art. 1º) e que “Todos os povos têm o direito à autodeterminação; em virtude deste direito, podem determinar livremente o seu estatuto político e prosseguir livremente o seu desenvolvimento

³⁰⁴ “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.” UN, 1945, Art. 55.

³⁰⁵ “Art. 2º - Todos os povos têm direito à livre determinação; em virtude deste direito, eles determinam livremente seu estatuto político e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. UNITED NATIONS. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. General Assembly Resolution 1514 (XV). Adopted 14 dez. 1960a. **United Nations Human Rights**, [S. l.], [200-?].

³⁰⁶ UNITED NATIONS. Principles which should guide Members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73e of the Charter. General Assembly Resolution 1541 (XV). Adopted 15 dez. 1960. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Fourth Committee**. New York: UN, 1960b. p. 29-30.

³⁰⁷ UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights**. General Assembly Resolution 2200A (XXI). Adopted 16 dez. 1966. New York: UN, 1966a. Disponível em: <https://bit.ly/3R1Qnjd>. Acesso em: 1º abr. 2022.

³⁰⁸ UNITED NATIONS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. General Assembly Resolution 2200A (XXI). Adopted 16 dez. 1966. New York: UN, 1966b.

³⁰⁹ “*All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development*”. Art. 1º (1) das Convenções de Direitos Humanos.

econômico, social e cultural” (art. 2º).³¹⁰ Conforme se denota, o artigo comum à ICCPR e ICESCR versa sobre o ‘direito à autodeterminação’, conceito que forma a base para o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, o exercício desses direitos contribui para a concretização do direito dos povos à autodeterminação, em virtude do qual podem livremente determinar seu *status* político e livremente perseguir seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Com efeito, o Art. 1º dos Pactos garante que todos os povos que não exercitaram ou foram privados da possibilidade de exercer seu direito à autodeterminação, da mesma forma, estão com seus direitos assegurados pelas Convenções. Assim, os povos dos territórios dependentes também possuem o direito de decidir sobre seu *status* internacional. Lone argumenta que o Art. 1º das Convenções desponta como um direito contínuo e permanente, de tal sorte que os demais direitos assegurados nos Pactos “[...] não podem ser genuinamente exercidos sem a concretização do direito coletivo dos povos à autodeterminação”.³¹¹

Do mesmo modo, deve ser dada relevância especial aos princípios VII e IX da Resolução Unga nº 1541/1960 (XV), os quais destacam o modo de aplicação do direito à autodeterminação pela escolha livre e voluntária dos povos do território envolvido, a partir de um procedimento democrático. Conforme argumenta David Raiç, ambas as Resoluções podem ser consideradas importantes agentes catalisadores para o desmantelamento do sistema colonial, tendo-se em vista a grande quantidade de territórios não autônomos que alcançaram a independência após a década de 1960.³¹²

A Resolução Unga nº 2625/1970 (XXV),³¹³ denominada *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, pode ser considerada como a mais enfática das Resoluções da Assembleia Geral sobre autodeterminação. Com efeito, a Resolução reafirma que o princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas, abrange o direito de todos os povos “[...] de determinar livremente, sem interferência externa, seu *status* político e buscar seu

³¹⁰ UNITED NATIONS, 1960a; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**. Overview of the case (Advisory Opinion) 29 jul. 1971. ICJ, San Francisco, [2017?]. §§ 52-53.

³¹¹ LONE, 2018, p. 153.

³¹² RAIÇ, David. **Statehood and the Law of selfdetermination**. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 205.

³¹³ UNITED NATIONS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. General Assembly Resolution 2625 (XXV). Adopted 24 out. 1970. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the sixth committee**. New York: UN, 1970. p. 121-123.

desenvolvimento econômico, social e cultural”,³¹⁴ bem como o dever de cada Estado “[...] de respeitar este direito de acordo com as disposições da Carta”.³¹⁵ A Resolução ainda estabeleceu que constituem modos de efetivação do direito à autodeterminação “[...] o estabelecimento de um Estado soberano e independente, a livre associação ou integração com um Estado independente, ou o surgimento de qualquer outro *status* político livremente determinado por um povo”,³¹⁶ enfatizando, como questão crítica, o método democrático para o exercício da autodeterminação.

Essa é, justamente, a percepção de determinados autores ao argumentar que a autodeterminação deverá ser exercida sempre a partir de uma matriz democrática de tomada de decisões de um povo. No caso da exploração do petróleo iraquiano por seus nacionais, por exemplo, Alexander Orakhelashvili observa que, “[...] para comprometer validamente o povo iraquiano na atribuição de contratos de petróleo, o governo em questão deve ser eleito pelo povo, conforme exigido pelo direito à autodeterminação e à soberania permanente sobre os recursos naturais”.³¹⁷ Argumenta ainda que “[...] o direito dos povos à autodeterminação é indubitavelmente parte do *jus cogens*”.³¹⁸ Matthew Saul, corroborando o argumento de Orakhelashvili, observa que essa conceituação implica que, a partir do momento em que a exigência de uma forma democrática de governo é estabelecida como um aspecto da autodeterminação, esta será instantaneamente elevada ao *status* de norma peremptória.³¹⁹

No que concerne à natureza jurídica da autodeterminação, é essencial identificar os valores que a norma visa proteger. Considerando a assunção da autodeterminação na Carta das Nações Unidas como um de seus princípios elementares (Art. 1º [2]), bem, como nas duas Convenções sobre direitos humanos (Art. 1º, como conceito-chave em ambos os Pactos) e pelo que se depreende das Resoluções no âmbito da Unga, a identificação da autodeterminação como norma peremptória de direito internacional adquire uma especial robustez.

³¹⁴ UN, 1970, p. 123.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 123-124.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 124.

³¹⁷ “*In order to validly commit the Iraqi people through the allocation of oil contracts, the government in question must be elected by the people, as required by the right to self-determination and the attendant permanent sovereignty over natural resources*”. ORAKHELASHVILI, Alexander. The impact of peremptory norms on the interpretation and application of united nations security council resolutions. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 16, n. 1, p. 59-88, fev. 2005; ORAKHELASHVILI, Alexander. The Post-War Settlement in Iraq: The UN Security Council Resolution 1483(2003) and General International Law. **Journal of Conflict and Security Law**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 307-314, 2003.

³¹⁸ “*The right of peoples to self-determination is undoubtedly part of jus cogens.*” *Id.*, 2005, p. 64.

³¹⁹ SAUL, Matthew. The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right? **Human Rights Law Review**, [S. l.], v. 11, n. 4, p. 609-644, 2011, p. 636.

Evan Criddle e Evan Fox-Decent defendem que este princípio geral opera hoje em duas dimensões: a autodeterminação externa e a interna.³²⁰ A primeira sugere que grupos nacionais possuem o direito à liberdade da dominação colonial e de livremente exercerem seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Já a interna se dá quando grupos subnacionais são incapazes de romper com os Estados existentes para formar novos Estados próprios, situação diante da qual os autores sugerem que eles ainda poderiam reivindicar o direito à autodeterminação interna, o que requer, no mínimo, que gozem de participação plena e equalitária nos processos de autogoverno representativo. Por fim, quanto à conceituação e à natureza jurídica do conceito, assim se pronunciam:

Embora esses princípios gerais de autodeterminação ainda não tenham alcançado aceitação universal entre os juristas internacionais como normas peremptórias de pleno direito, parece haver um movimento crescente para incluir a autodeterminação nas fileiras do *jus cogens*.³²¹

Portanto, depreende-se que o conceito de autodeterminação dos povos pode ser defendido como *jus cogens*, eis que este é um atributo imanente, ou então porque a autodeterminação, como condição para o efetivo exercício dos direitos humanos, possui este caráter como consequência natural. Ainda se pode inferir que o direito à autodeterminação, como conceito de direito coletivo dos povos a livremente determinar seu próprio *status* político e perseguir seu desenvolvimento econômico, social e cultural, também adquire contornos de *jus cogens* pela longa prática no âmbito das Nações Unidas – além, claro, dos aspectos apontados acima.

Em 1980, no que pode ser considerado como o estudo definitivo sobre o direito à autodeterminação sob os auspícios da UN, o *special rapporteur* Hector Gros Espiell, da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, foi incumbido de elaborar o Relatório *The Right to Self-Determination Implementation of United Nations Resolutions*.³²² Trata-se de uma importante fonte para a compreensão do conceito de autodeterminação, originalmente aplicada em um contexto político de povos colonizados, na qual o relator enfatiza que os direitos à autodeterminação econômica e à independência política devem estar associados à soberania permanente sobre os recursos naturais. Assim, a

³²⁰ CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. A Fiduciary Theory of Jus Cogens. **Yale Journal of International Law**, [S. l.] v. 34, p. 331-387, 2009, p. 373.

³²¹ *Ibid.*

³²² UNITED NATIONS. **The right to self-determination implementation of united nations resolutions**. Study prepared by Hector Gros Espiell (Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities). E/CN.4/Sub.2/405/rev.1. New York: United Nations, 1980.

partir dos valores protegidos pelo conceito, como direitos culturais, *habitat*, idioma, religião e tradições, o Relatório reconhece a natureza de *jus cogens* da autodeterminação.³²³

A propósito, a ICL, nos seus comentários aos Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados, incluídos na 53ª Sessão (2001), submeteu à Unga, como parte do relatório da aludida sessão, uma lista de “[...] normas peremptórias que são amplamente aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional”, incluindo: a proibição à agressão, ao genocídio, à escravidão e à discriminação racial, os crimes contra a tortura e o direito à autodeterminação,³²⁴ que veio a ser repetida, sob a denominação de lista não exaustiva, no recente Relatório *Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (jus cogens)*, de 2019, objeto de estudo adiante neste capítulo.

Partindo-se para a análise do *case law* e da aplicação do conceito de autodeterminação, depara-se com alguns poucos julgados pela ICJ, a qual, em posição de visível busca por neutralidade conceitual, preferiu considerar a autodeterminação como uma norma *erga omnes* na ordem jurídica internacional. Ocorre que, mesmo diante da estratégia – até certo ponto política – da ICJ, verifica-se que os julgados, quando analisados sistematicamente, denotam traços de *jus cogens* a partir de uma interpretação mais ampla (embora a Corte considere expressamente o conceito de autodeterminação como uma norma *erga omnes*).

O primeiro caso em análise é o clássico Barcelona Traction (1970),³²⁵ entre Espanha e Bélgica, no qual a Corte identificou a existência de obrigações em direito internacional que são devidas pelos Estados à comunidade internacional como um todo, uma vez que, “[...] tendo em vista a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ter um interesse jurídico em sua proteção”.³²⁶ Esse é, essencialmente, um conceito de norma *erga omnes*, que

³²³ “The Sub-Commission endorsed the points of view expressed, especially as regards the characterization of the right to self-determination as *jus cogens*.” UN, 1980, p. 3.

“No one can challenge the fact that, in the light of contemporary international realities, the principle of self-determination necessarily possesses the character of *jus cogens*.” *Ibid.*, p. 12.

“In the view of the Special Rapporteur, even if it is accepted that the Declaration, which includes desiderata as to the content of future international law, is heterogeneous, and thus not of the nature of *jus cogens* in every one of its propositions, the fundamental principles of the Charter embodied in it-and hence the principle of self-determination of peoples-as enunciated in General Assembly resolution 2625 (XXV), are nevertheless of the nature of *jus cogens*.” *Ibid.*, loc. cit.

“84. The Special Rapporteur must not conceal his theoretical viewpoint, which bases *jus cogens* on admission of the existence of natural law. In Other words, he considers that the *raison d'être* of a *jus cogens* is the existence of the natural law, but considers furthermore that *jus cogens* is *par se* natural law. 85. He shares with full conviction and in full awareness of all its consequences, the idea that today the right of peoples to self-determination is one of the cases of *jus cogens*.” *Ibid.*, p. 13.

³²⁴ “5-Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination.” ILC, 2001, p. 85.

³²⁵ ICJ, 1970, art. 32, § 33.

³²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

inclusive passou a ser adotado a partir de então em todos os casos posteriores concernentes à autodeterminação no âmbito da Corte. Porém, quando a Corte julga o caso reconhecendo “a importância dos direitos envolvidos”, pavimentamos o caminho para uma percepção mais ampla da autodeterminação.

Já o caso Timor-Leste (1995),³²⁷ também de grande importância para a evolução do conceito, foi caracterizado, justamente, pela busca do direito de um povo (Timor-Leste) à sua autodeterminação. Com efeito, o fato ilícito levado a julgamento foi a violação, pela Austrália, de sua obrigação de respeitar o direito à autodeterminação do povo timorense, ao celebrar com a Indonésia um tratado relativo aos direitos sobre os recursos na área conhecida como Timor Gap. Como resultado, a Corte determinou que o princípio da autodeterminação dos povos foi reconhecido pela Carta das Nações Unidas e pela jurisprudência da Corte, possuindo caráter *erga omnes*, ou seja, oposto a todo e qualquer Estado.³²⁸ Importante destacar, no caso concernente ao Timor-Leste, que o Conselho de Segurança da UN adotou a Resolução nº 384, de 22 de dezembro de 1975, reconhecendo o direito do povo de Timor-Leste à autodeterminação e à independência, de acordo com a Carta das Nações Unidas.³²⁹

No *case Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*,³³⁰ da mesma forma, a ICJ expressou opinião caracterizando o direito à autodeterminação do povo palestino como uma obrigação *erga omnes*, com base na Carta das Nações Unidas. A autodeterminação da Palestina, segundo a Corte, deveria ser respeitada pelos demais Estados,³³¹ os quais não deveriam se abster de reconhecer a ilegalidade das ações de Israel.³³²

Entretanto, o *case Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*

³²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. East Timor (Portugal vs. Australia). Overview of the case. Judgment of 30 jun. 1995. ICJ, San Francisco, [2017?].

³²⁸ “In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, pp. 31- 32, paras. 52-53; *Western Sahara*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law”. East Timor (Portugal v. Australia). *Ibid.*, p. 102.

³²⁹ UNITED NATIONS. Resolution 384 (1975) / [adopted by the Security Council at its 1869th meeting], of 22 December 1975. Security Council resolution 384. In: UNITED NATIONS. **Resolutions and decisions of the Security Council**. New York, 1975. p. 10.

³³⁰ ICJ, 2004.

³³¹ *Ibid.*, p. 136; p. 199, §§ 155-56.

³³² *Ibid.*, p. 138.

(1970)³³³ trouxe um novo olhar sobre a natureza jurídica da autodeterminação, possivelmente influenciado pela (então recente) Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969). Em opinião apartada, o juiz Ammoun expressou concordância com a sustentação do advogado do Paquistão, o qual expressou que “[...] o direito à autodeterminação é uma norma de natureza de *jus cogens*, cuja derrogação não é permitida sob nenhuma circunstância”,³³⁴ em claro alinhamento com o art. 53 da Convenção de Viena.

Mais recentemente, em 2012, a ICJ teve uma vez mais a oportunidade de se posicionar sobre a evolução do conceito de autodeterminação no direito internacional, e não o fez – como é a praxe. Entretanto, o *case Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (2019)³³⁵ pode ser considerado uma exceção no longo trajeto de identificação da autodeterminação como *jus cogens*. A opinião apartada da juíza Julia Sebutinde é um grande avanço – embora divergente dos demais membros da Corte – em direção a uma classificação mais adequada do direito à autodeterminação no âmbito da ICJ. No preâmbulo de sua manifestação sobre a responsabilidade do Reino Unido na separação do Arquipélago Chagos, da Maurítânia (ex-colônia britânica), a juíza Sebutinde argumentou:

O Parecer Consultivo omite certos fatos importantes de sua narrativa, fatos esses que têm relação direta com a primeira questão colocada pela Assembleia Geral. A Corte também perdeu a oportunidade de reconhecer que o direito à autodeterminação no contexto da descolonização, atingiu o estatuto peremptório (*jus cogens*), pelo qual não é permitida qualquer derrogação ao mesmo. Como corolário direto desse direito tem-se a obrigação *erga omnes* de respeitar esse direito. A falta de reconhecimento do estatuto peremptório do referido direito levou ao fracasso do Tribunal em considerar adequada e plenamente as consequências de sua violação [...].³³⁶

Ou seja, segundo a opinião de vanguarda de Sebutinde, o povo da Maurítânia foi alijado do direito de autodeterminação, de livre e genuinamente expressar e implementar seus desígnios, assegurar seu futuro político e suas aspirações sociais, econômicas e culturais no

³³³ ICJ, 1971.

³³⁴ “The representative of Pakistan was more emphatic in his oral statement of 15 February last. He rightly viewed the act of using force with the object of frustrating the right of self-determination as an act of aggression, which is all the graver in that the right of self-determination is a norm of the nature of *jus cogens*, derogation from which is not permissible under any circumstances.” *Ibid.*, p. 89-90.

³³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965. Overview of the case (Advisory Opinion) 25 fev. 2019. ICJ, San Francisco, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AbwH6r>. Acesso em: 1º abr. 2022.

³³⁶ “The Advisory Opinion omits certain important facts from its narrative, which facts have a direct bearing upon the first question posed by the General Assembly – The Court has also missed the opportunity to recognize that the right to self-determination within the context of decolonization, has attained peremptory status (*jus cogens*), whereby no derogation therefrom is permitted – As a direct corollary of that right is the *erga omnes* obligation to respect that right – A failure to recognize the peremptory status of the said right has led to the failure of the Court to properly and fully consider the consequences of its violation.” *Ibid.*, p. 170.

âmbito de seu território, sofrendo violação de uma norma peremptória e inderrogável de direito internacional.

Pelos exemplos extraídos do *case law*, verifica-se que a maneira como o *jus cogens* é abordado pode gerar contradição – como é o caso da ICJ. Deve-se compreender, no entanto, o papel do *jus cogens* na ordem jurídica internacional, nomeadamente os valores que representa e protege, como a autodeterminação, evidentemente uma consequência do exercício dos direitos humanos. Assim, eventuais incertezas sobre o conteúdo do *jus cogens* devem ser enfrentados no âmbito das obrigações subjacentes, e não do próprio conceito, uma vez que representa direitos peremptórios, como a autodeterminação.

Conforme visto, a autodeterminação é um compromisso da comunidade internacional, com caráter de *jus cogens*, estipulado em vários artigos da Carta das Nações Unidas, no Pactos de Direitos Humanos e em Resoluções do Conselho de Segurança e da Unga. Portanto, verifica-se uma sólida base jurídica para garantir aos povos o respeito aos direitos humanos, sem discriminação ou distinção. Essa segurança ao exercício da autodeterminação é crucial para a estabilidade nacional e internacional, visto que sua ausência poderia ensejar um potencial conflito entre povos.

Em apertada síntese, é necessário que a comunidade internacional garanta a prevalência da autodeterminação como valor legítimo e essencial para os direitos humanos e a própria existência de determinados povos. Com efeito, no momento que esta observação é escrita (fevereiro de 2022), a Rússia invade a Ucrânia. A autodeterminação não é, como se percebe, autoexecutável. É vital que a comunidade internacional se una em torno dos objetivos comuns de preservar a cultura e proteger a identidade e o direito de escolha do futuro, para evitar que povos e gerações sofram com a privação de direitos fundamentais.

2.6.2 *Jus cogens* e direitos ambientais – iminência de um *jus cogens* ambiental

Marcado pelo dinamismo de seus instrumentos, o direito ambiental internacional tem promovido paulatinamente uma mudança de paradigmas, concentrando sua atenção cada vez mais na precaução do que na mera reação aos danos ambientais. Nada mais pertinente, afinal as questões ambientais requerem soluções rápidas e coletivas, haja vista a nobreza dos bens envolvidos (vida e ambiente) e a falta de fronteiras para a poluição e os riscos ambientais *delicta juris gentium*.

Em nível institucional, no entanto, a preocupação ambiental pode ser considerada tardia. A Carta das Nações Unidas (1945), por exemplo, não menciona expressamente a

proteção ambiental dentre aqueles princípios básicos que inicialmente foram considerados como primordiais pela nova organização de nações que então se formava. Para se ter uma ideia do caráter secundário do tema na ordem mundial, a criação de um organismo dedicado a assuntos ambientais no seio da UN se deu apenas na década de 1970, com a instauração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)³³⁷ pela Unga. Desde então, o Programa tem sido de especial relevância como fórum de debate e estudos sobre o ambiente e sua interrelação com os Estados, além de funcionar como o órgão sob o qual diversos acordos multilaterais (*Multilateral Environmental Agreements* – MEA) tomaram a forma com que hoje são conhecidos.

A propósito da formação do direito internacional ambiental, é cediço que a manifestação do fenômeno da regulação em nível global se deu a partir de alguns acontecimentos de relevo histórico e sistêmico. Segundo Guido Soares, as considerações legais a respeito do meio natural, como a limpeza das águas e a manutenção da paisagem, apesar de existentes desde a Antiguidade, não tinham o meio ambiente como o valor jurídico central de suas prescrições, e sim a propriedade, atrelada ao direito de vizinhança e ao risco de desvalorização econômica. Mesmo o regime jurídico aplicável a cursos d'água internacionais no século XIX versava sobre a delimitação de fronteiras estatais e a não interferência na livre navegação.³³⁸

Neste ponto, cabe frisar que as preocupações ambientais ocuparam os Estados isoladamente até meados do século XX, e que a legislação doméstica produzida até então não refletia o meio ambiente como uma unidade. Esse cenário sofreu alteração conforme os países enfrentavam situações de emergência e catástrofe, tendo experimentado danos e ameaças que evidenciaram a relação de causação recíproca entre os componentes do meio.³³⁹

A curva ascendente de preocupações relativas ao ambiente se torna mais nítida a partir do final dos anos 1960 e início dos 1970, período em que se verifica maior inserção do tema em acordos internacionais. Até então, os tratados internacionais continham ajustamentos de conduta e provisões sobre conservação de estoques de peixes,³⁴⁰ baleias e outras espécies de

³³⁷ A primeira proposta para estabelecimento se deu em 1974, por meio de projeto apresentado pela Espanha como parte da Convenção para a Proteção do Mar Mediterrâneo contra a Poluição.

³³⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ UNITED NATIONS. Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone. Geneva, 29 April 1958. New York: UN, 1958a.

vida selvagem migratórias,³⁴¹ porém sem qualquer propósito ecocêntrico. A Convenção Internacional para a Regulação de Caça à Baleia (1946) é um desses exemplos. Nico Schrijver observa que “[...] a principal preocupação do tratado foi de natureza econômica, para prevenir o *over-fishing* e otimizar a caça”.³⁴² Dessa feita, “[...] apesar desses tratados antigos, o campo do direito internacional ambiental não floresceu realmente até o início dos anos 1970, mais ou menos ao mesmo tempo em que o direito doméstico começou a abordar os impactos incrivelmente bem documentados da industrialização”.³⁴³

O avanço do debate sobre a crise ecológica entre as décadas de 1960 e 1970, no entender de Fernando Saavedra, pode ser atribuído à disseminação da ecologia como disciplina com forte firmamento científico, à grande divulgação de escritos da comunidade científica a respeito da crise, ao impacto da mídia na cobertura de acidentes e desastres ambientais, ao surgimento do movimento ambientalista e às ações de competência da UN.³⁴⁴

Os desdobramentos que, no entender de Guido Soares, contribuíram para a emergência do direito internacional ambiental nos arredores de 1960 foram quatro: primeiro, houve a abertura das discussões travadas nas instâncias diplomáticas internacionais à sociedade civil e, conseqüentemente, à opinião pública, ao lado da valorização da ciência e de teses debruçadas sobre o meio ambiente; segundo, ocorreu a democratização das relações internacionais, o que demandou efetiva participação pública na elaboração e no controle de tratados internacionais, por intermédio de Parlamentos nacionais; terceiro, o estado de ameaça de destruição em massa produzido pelo emprego bélico de energia nuclear; e quarto, as catástrofes ambientais causadas por grandes vazamentos tóxicos na atmosfera e no meio marinho, que fugiam ao controle de um único Estado e geravam poluição e danos deslocalizados.³⁴⁵

O interregno entre as décadas de 1960 e de 1970, segundo Letícia Albuquerque, trouxe a lume a complexidade sistêmica e abalou a crença no crescimento econômico ilimitado, a partir da tomada de consciência acerca de limitações biotécnicas relevantes. Na mesma época, contudo, desponta o movimento ambientalista,³⁴⁶ que prontamente abala a crença no desenvolvimento e instaura a incerteza científica. Também é digna de nota a preocupação

³⁴¹ HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. **International environmental law and policy**. 5th ed. Saint Paul: Foundation Press, 2015.

³⁴² SCHRIJVER, Nico. **The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status**. Leiden: Brill, 2008a, p. 103.

³⁴³ HUNTER; SALZMAN; ZAELKE, *op. cit.*, p. 137.

³⁴⁴ SAAVEDRA, Fernando Estenssoro. **História do debate Ambiental na política mundial 1945-1992**. Tradução de Daniel Rubens Cenci. Ijuí: Unijuí, 2014.

³⁴⁵ SOARES, 2001.

³⁴⁶ “Nos EUA, por exemplo, as preocupações ambientais se juntaram ao ativismo dos anos 1960 em grandes protestos e pressão política, incluindo mais notadamente uma enorme demonstração no Dia da Terra em 1970.” HUNTER; SALZMAN; ZAELKE, *op. cit.*, *loc. cit.*

com os riscos à saúde humana pelo uso de inseticidas e a multiplicação de órgãos estatais e organizações da sociedade civil dedicados ao meio ambiente.³⁴⁷

No entender de Hunter, ocorria à época uma transformação similar pelo mundo industrializado, que aprovava leis ambientais domésticas e estabelecia suas instituições conforme a necessidade local. Ocorre que os países em desenvolvimento estavam enfrentando um conjunto diferenciado de problemas, em sua maioria, justamente por não terem aproveitado os benefícios da larga industrialização, e diretamente lidavam com menos poluição industrial. Muitos dos países em desenvolvimento haviam adquirido independência dos poderes coloniais recentemente, o que os levou a reivindicar o direito de seguirem seus próprios caminhos rumo ao desenvolvimento. Considerando-se que, no âmbito da Unga, seu número era mais expressivo, patrocinaram algumas resoluções afirmando seu direito ao desenvolvimento, à soberania sobre seus recursos naturais e a necessidade de dirigir domesticamente a política ambiental.³⁴⁸ Tais considerações apontam também os motivos pelos quais, na Carta de 1945, o tema não recebeu ampla cobertura, visto que o debate ainda ocorria.

Dupuy e Viñuales sustentam que, do final do século XIX ao início dos anos 1970, “[...] a regulação de problemas ambientais deslocou-se de uma lógica orientada pela conservação – ou por uma lógica orientada pelos recursos – para outra mais abrangente”, que congregava a preservação e a conservação, assim como preocupações com poluição, superpopulação e segurança ambiental.³⁴⁹

No início da década de 1970, houve a segunda fase de desenvolvimento do direito ambiental internacional,³⁵⁰ porém pode-se chamar do primeiro grande momento para uma mudança mais radical de paradigmas na área ambiental: a Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972). Já o segundo momento ocorreria apenas duas décadas mais tarde, a partir da realização da Conferência das Nações Unidas

³⁴⁷ ALBUQUERQUE, Leticia. **Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense**: estudo de caso da Barra do Camacho/SC. 2009. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

³⁴⁸ HUNTER, SALZMAN; ZAEKE, 2015, p. 138.

³⁴⁹ “*From the late nineteenth century to the beginning of the 1970s, the regulation of environmental problems moved from either a conservation- or a resource-oriented logic to a more comprehensive one, whereby environmental protection was increasingly valued for a wider set of reasons, including resource preservation and nature conservation but also concerns about pollution, overpopulation or environmental security.*” DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. **International environmental law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 3.

³⁵⁰ A primeira fase foi marcada pelo surgimento de princípios de direito ambiental internacional em pelo menos duas famosas arbitragens internacionais. A primeira foi a arbitragem da pele da foca do Pacífico, entre os Estados Unidos e o Reino Unido, com vistas a cessar a exploração desmedida desses animais no Mar de Bering (Alasca); a segunda é o famoso caso *Trail Smelter*, entre os Estados Unidos e o Canadá (1941), que versou sobre poluição transfronteiriça.

sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 1992). Esses dois eventos foram de extrema importância para o desenvolvimento conceitual da proteção ao ambiente, com reflexos diretos no direito ambiental internacional. Philippe Sands resume os efeitos da Declaração de Estocolmo:

A Conferência de Estocolmo preparou terreno para atividades internacionais em um nível global e territorial, e influenciou o desenvolvimento legal e institucional até e após o PNUMA. O desenvolvimento no período foi de dois tipos: aqueles diretamente relacionados a Estocolmo e ações que se seguiram; e aqueles que indiretamente se relacionaram. O período foi marcado a proliferação de organizações ambientais internacionais (incluindo aquelas estabelecidas por tratados) e muitos esforços das instituições já existentes para resolver os problemas ambientais.³⁵¹

Estocolmo selou, portanto, a maturidade do direito internacional ambiental.³⁵²

A Rio 92, por sua vez, resultou em mais um nível de tratados ambientais: a efetivação da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Mudanças Climáticas (*United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC*), um fórum permanente sobre discussões, monitoramento e apresentação de soluções para os problemas relacionados às mudanças climáticas notórias nas décadas anteriores à Conferência. Pode-se dizer que houve uma série de novas perspectivas com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, principalmente o revigoramento da matéria pela diversificação e pelo pluralismo,³⁵³ com destaque para três principais dimensões: o conceito de responsabilidade comum, mas diferenciada; a responsabilidade intergeracional em desenvolvimento sustentável (Relatório da Comissão Bruntland); e a participação maciça de cerca de 1,4 mil entidades não governamentais como observadoras, além de 8 mil interessados presentes no fórum global, que acontecia em paralelo à Conferência.³⁵⁴

Uma mudança de valores e no campo das ideias é fortemente identificável desde então. O que marca o atual estado do direito ambiental internacional é a profusão de acordos plurilaterais e regionais, as Resoluções da Unga específicas sobre o ambiente, a efetivação de agências especializadas e o crescimento em importância de novos atores, como as organizações não governamentais. Todo esse arcabouço, unido a uma já identificável e definida estrutura, tem contribuído para o surgimento de um sistema de tratados em matéria ambiental e de decisões tomadas coletivamente.

³⁵¹ SANDS, Philippe. **Principles of International Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge, 2011. p. 40.

³⁵² SOARES, 2001.

³⁵³ SAND, Peter H. The evolution of international environmental law. *In*: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). **The Oxford handbook of international environmental law**. Oxford: Oxford, 2010, p. 41.

³⁵⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

Nessa linha, o que caracteriza o direito internacional ambiental moderno “[...] é o foco na proteção do meio ambiente *per se*, (essencialmente por propósitos humanos, mas não somente como um recurso útil), bem como a sofisticação das técnicas jurídicas desenvolvidas para esse efeito”.³⁵⁵ O meio ambiente, nesses termos, “[...] contribuiu para a globalização do direito internacional, ao permitir-lhe, como raríssimas vezes se tinha observado na História, uma intrusão na esfera dos assuntos tradicionalmente reservados, com exclusividade, à regulamentação interna dos Estados”.³⁵⁶

Assim, uma das hipóteses de alargamento do sistema é, sem dúvida, a interdependência ecológica, que inevitavelmente conecta os Estados soberanos em nível global, regional e local. Rüdiger Wolfrum sustenta que a interdependência ecológica é uma das principais causas de conflito em direito ambiental internacional, a qual, se somada à *interdependência normativa* dos acordos ambientais, torna-se então a razão principal, pois, em sua visão, “[...] o direito ambiental internacional é propenso a conflitos, contradições e esforços redobrados”.³⁵⁷

Os problemas ambientais de interesse comum têm sido gradativamente identificados e colocados na pauta internacional, com vistas a obter soluções para as situações já agravadas pela deficiência protetiva. Assim surgiram os acordos sobre as mudanças climáticas e a própria UNFCCC, bem como os acordos sobre a proteção da camada de ozônio³⁵⁸ e contra a desertificação,³⁵⁹ para citar alguns. Paradoxalmente, o dinamismo de sensíveis questões ambientais com prejuízos globais possibilita o incremento constante de políticas ambientais internacionais.

Além disso, a preocupante escalada do aquecimento global, o desmatamento, a exploração insensata de recursos naturais e a poluição transfronteiriça não possuem limites político-geográficos. Hurrell e Kingsbury ainda contribuem com outros elementos para essa discussão, apontando que os problemas ambientais globais são “[...] tipicamente

³⁵⁵ “*What characterises modern international environmental law is a focus on protecting the environment per se (essentially for human purposes but not only as a useful resource), as well as the sophistication of the legal techniques developed to this effect.*” DUPUY; VIÑUALES, 2018, p. 3.

³⁵⁶ SOARES, 2001, p. 33.

³⁵⁷ WOLFRUM, Rüdiger; MATZ, Nele. **Conflicts in international environmental law**. Heidelberg: Springer, 2010. p. 4.

³⁵⁸ UNITED NATIONS. **Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer**. Vienna, 22 March 1985. New York: United Nations Environment Programme, 1985. UNITED NATIONS. **The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer**. Montreal, 16 September 1987a. New York: UM, 2009.

³⁵⁹ UNITED NATIONS. **United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa**. Paris, 14 October 1994. New York: UM, 1994.

caracterizados pelo alto grau de incerteza, na qual a definição de fronteiras e a identidade dos atores e seus interesses estão muito além de serem autoevidentes”.³⁶⁰

Diante desse cenário, torna-se essencial empreender uma abordagem mais humanista para a identificação da relação entre o humano e o ambiente que ele ocupa. Hedley Bull observa que, por mais que o quadro seja realmente caótico e de anarquia na ordem mundial, as questões entre o homem e o ambiente podem ser resolvidas apenas pela emergência de um grande senso de solidariedade humana, visto que o sistema estatal é disfuncional e apenas a ação dos Estados seria insuficiente a resolver problemas em um maior espaço de tempo.³⁶¹

Um importante questionamento decorrente dessa presunção é a identificação de direitos relacionados ao ambiente – em especial a autodeterminação ambiental, direito ao uso sadio do ambiente e direito ao desenvolvimento sustentável –, como aqueles incluídos no rol de direitos humanos, expressão de valores fundamentais e garantidores da existência humana na Terra. Alan Boyle opina claramente que sim, na medida em que se trata de direitos humanos declaradamente decorrentes de vários tratados, como o ICCPR e o ICESCR (Pactos de Direitos Humanos da UN), ECHR (*European Convention on Human Rights*), a IACHR (Inter-American Commission on Human Rights) e a ACHPR (African Commission on Human and Peoples’ Rights), nos quais os direitos humanos tutelados são o direito à vida, o direito à vida privada, o direito à saúde, o direito à água e o direito à propriedade.³⁶²

Ademais, vale reiterar que o artigo 1º, comum ao ICCPR e ao ICESCR, defende a autodeterminação econômica dos povos e afirma que o povo de um Estado soberano tem o direito de utilizar suas riquezas e recursos naturais em seu próprio benefício (soberania permanente sobre os recursos naturais). Ou seja, os Pactos de Direitos Humanos da UN reconhecem a autodeterminação ambiental, representada pela PSNR, como um direito humano.

Também considerados uma rica fonte de *opinio juris* relacionada aos direitos humanos, as resoluções e os relatórios editados no âmbito do Conselho de Direitos Humanos

³⁶⁰ HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict. The International Politics of the Environment: An Introduction. In: HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992. 1-50, p. 13.

³⁶¹ BULL, 2002, p. 284.

³⁶² BOYLE, Alan. Human Rights and International Environmental Law: Some Current Problems. **European University Institute**, [S. l.], 2011, p. 4.

da UN (United Nations Human Rights Council – UNHRC)³⁶³ mostram-se robustos indicadores de vanguarda no tratamento do ambiente como um direito humano fundamental. Por exemplo, o Relatório sobre a *Relação entre Mudanças Climáticas e Direitos Humanos*, elaborado pelo Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights – OHCHR) em 2008, observa que, embora não o relacionem expressamente em seu Pactos sobre Direitos Humanos, nem façam referência específica ao direito a um ambiente seguro e saudável, “[...] os órgãos das Nações Unidas sobre direitos humanos reconhecem a intrínseca ligação entre o ambiente o exercício de uma gama de direitos humanos, como o direito à vida, o direito à saúde, à comida, à água e moradia e à autodeterminação”.³⁶⁴

Em 2012, na 19ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da UN, cuja agenda se ocupa da “[...] promoção e proteção de todos os direitos humanos, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento”, elaborou-se o Relatório *Direitos Humanos e o Ambiente*, que deu origem à Resolução nº 19/10/2012. O texto da Resolução reconhece que os seres humanos devem participar ativamente e serem os beneficiários do desenvolvimento sustentável, que deve servir, igualmente, às presentes e às futuras gerações.³⁶⁵ Essa é uma importante ligação dos direitos humanos com o conceito de desenvolvimento sustentável e o direito ao ambiente saudável para as presentes e futuras gerações – ou a transgeracionalidade do conceito.

³⁶³ Resoluções relevantes sobre a relação entre direitos humanos e ambiente no âmbito da UNHRC: Resoluções, nº 7/23, de 28 de março de 2008, nº 10/4, de 25 de março de 2009, nº 16/11, de 24 de março de 2011 e nº 18/22, de 30 de setembro de 2011, sobre direitos humanos e mudanças climáticas; Resoluções nº 9/1, de 24 de setembro de 2008, e nº 18/12, de 2 de outubro de 2009, sobre os efeitos adversos do movimento e alijamento de produtos e resíduos tóxicos e perigosos no gozo dos direitos humanos; Resolução nº 18/11, de 29 de setembro de 2011, sobre o mandato do Relator Especial sobre as implicações para os direitos humanos da gestão ambientalmente saudável e descarte de substâncias e resíduos perigosos; bem como Resoluções relevantes da Comissão de Direitos Humanos, incluindo as Resoluções nº 2003/71, de 25 de abril de 2003, e nº 2005/60, de 20 de abril de 2005, sobre direitos humanos e meio ambiente como parte do desenvolvimento sustentável.

³⁶⁴ “[...] *the United Nations human rights treaty bodies all recognize the intrinsic link between the environment and the realization of a range of human rights, such as the right to life, to health, to food, to water, and to housing and self-determination*”. UNITED NATIONS. **Annual report of the United Nations High Commissioner for human rights and reports of the office of the High Commissioner and the Secretary-General**. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights. New York: Unga, 15 jan. 2009a, p. 7, § 18; p. 14, § 39.

³⁶⁵ “*Recognizing that human beings are at the centre of concerns for sustainable development, that the right to development must be fulfilled in order to meet the development and environment needs of present and future generations equitably, and that the human person is the central subject of development and should be the active participant and beneficiary of the right to development.*” UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **Resolution 19/10 Human rights and the environment**. Resolution adopted by the Human Rights Council on its nineteenth session (A/HRC/19/2). Adopted 22 mar. 2012. New York: Unga, 2012a, p. 2.

Outro importante documento elaborado sob OS auspícios do Conselho decorreu da 31ª sessão (2016), intitulado *Relatório do special rapporteur sobre a questão das obrigações de direitos humanos relativas ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável*.³⁶⁶ Basicamente, a Resolução examina as obrigações de direitos humanos relacionadas às mudanças climáticas, abordando as obrigações relativas a outras áreas temáticas, incluindo a proteção dos ecossistemas e da diversidade biológica. Em seu texto, o Relatório reafirma que os Estados têm a obrigação de garantir o exercício dos direitos humanos protegendo sua população de eventuais danos ambientais, ou seja, considera que os direitos humanos apenas são exercidos em um ambiente saudável. Presume-se, logicamente, que o direito ao ambiente saudável é um direito humano a ser protegido pelo Estado.³⁶⁷

Nesse sentido, uma contundente manifestação do órgão especial da UN para direitos humanos foi o discurso do alto comissário de direitos humanos na Conferência das Partes em Paris, no ano de 2015, que propugnou por “[...] uma ação urgente, eficaz e ambiciosa da comunidade internacional para combater as mudanças climáticas [...]”, afirmando que não se tratava apenas de um imperativo moral mas também de elemento fundamental para que os Estados cumpram seus deveres em matéria de direitos humanos.³⁶⁸ O desenvolvimento mais recente sobre o tema no âmbito da UN é a Resolução nº 48/13, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da UN em 8 de outubro de 2021,³⁶⁹ denominada *O direito humano a um ambiente limpo, saudável e sustentável*. Pela primeira vez, de forma expressa em um documento formal da UN, um órgão (especializado ou não) declara que o direito a um ambiente sustentável é um direito humano fundamental. O Conselho, cuja alta comissária é a ex-presidente do Chile Michelle Bachelet, reconheceu que o

[...] desenvolvimento sustentável, em suas três dimensões (social, econômica e ambiental), e a proteção do meio ambiente, incluindo os ecossistemas, contribuem e promovem o bem-estar humano e o gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à vida, ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental, a um padrão de

³⁶⁶ UNITED NATIONS. **General Assembly. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.** A/HRC/31/52, Human Rights Council, Thirty-first session, 2016. New York: Unga, 2016.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 9.

³⁶⁸ UNITED NATIONS. **Understanding Human Rights and Climate Change.** Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change. New York: UN, [2015], p. 3.

³⁶⁹ UNITED NATIONS. **General Assembly. Human Rights Council. Resolution 48/13.** The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021. A/HRC/RES/48/13. New York: Unga, 2021a.

vida adequado, à alimentação adequada, ao consumo, à água potável e ao saneamento e à participação na vida cultural, para as gerações presentes e futuras.³⁷⁰

Ainda, o artigo 1º da Resolução nº 48/13/2021 manifestamente “[...] reconhece o direito a um ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano que é importante para o gozo dos direitos humanos”.³⁷¹

Se, por um lado, a UN tem sido um fórum revigorante de desenvolvimento e garantia dos direitos humanos, o mesmo não se pode dizer dos tribunais internacionais – com raras exceções. A atividade relacionada ao *jus cogens*, como um todo, ainda é muito tímida, trazendo dificuldades para a compreensão do conceito. A ICJ é extremamente relutante e cautelosa, como se temesse afirmar o caráter de *jus cogens*, absolutamente adequado a certas normas fundamentais para a comunidade internacional.

Como exemplo máximo, no *Parecer sobre a Legalidade da Ameaça ou Emprego de Armas Nucleares*, de 1996,³⁷² a Corte optou por não se pronunciar sobre a relação entre o direito humanitário e o *jus cogens*. Para a ICJ, o parecer solicitado pela Unga não se referia à natureza jurídica do direito humanitário, por mais que fosse essencial, naquele momento, cravar definitivamente que uma ameaça de emprego de armas nucleares seria uma atitude contrária aos direitos humanos fundamentais. Ou seja, agindo politicamente, ao que parece, a ICJ afirmou que a Unga apenas procurava saberse a ameaça ou o uso de armas nucleares seriam permitidos pelo direito internacional, não se sentindo obrigada a emitir uma opinião *extra petita*.³⁷³

Esse posicionamento apático por parte da Corte provocou o voto dissidente do juiz Christopher Weeramantry, que enfrentou a questão principal do *case*. O juiz afirmou, em seu manifesto, que “As normas de direito humanitário de guerra claramente adquiriram o *status* de *jus cogens*, pois são normas fundamentais de caráter humanitário, do qual nenhuma

³⁷⁰ “[...] development, in its three dimensions (social, economic and environmental), and the protection of the environment, including ecosystems, contribute to and promote human well-being and the enjoyment of human rights, including the rights to life, to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, to an adequate standard of living, to adequate food, to housing, to safe drinking water and sanitation and to participation in cultural life, for present and future generations”. UN, 2021a, p. 1

³⁷¹ “1. Recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights;”. *Ibid.*, p. 3.

³⁷² ICJ, 1996.

³⁷³ “83. It has been maintained in these proceedings that these principles and rules of humanitarian law are part of *jus cogens* as defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969. The question whether a norm is part of the *jus cogens* relates to the legal character of the norm. The request addressed to the Court by the General Assembly raises the question of the applicability of the principles and rules of humanitarian law in cases of recourse to nuclear weapons and the consequences of that applicability for the legality of recourse to these weapons. But it does not raise the question of the character of the humanitarian law which would apply to the use of nuclear weapons. There is, therefore, no need for the Court to pronounce on this matter.” *Ibid.*, p. 36.

derrogação é possível, sem a negação de considerações básicas de humanidade que se destinam proteger.³⁷⁴ Outra importante lição de Weeramantry é a conclusão de que há princípios básicos cuja natureza é *jus cogens*, os quais devem ser protegidos de violações (nesse caso, por armas nucleares):

A questão em análise não é se há uma proibição em termos peremptórios das armas nucleares especificamente mencionadas, mas se existem princípios básicos de natureza *jus cogens* que são violados pelas armas nucleares. Se existem tais princípios que são de natureza *jus cogens*, seguir-se-ia que a própria arma seria proibida sob o conceito *jus cogens*.³⁷⁵

Percebe-se que, no presente *case*, a ICJ perdeu duas oportunidades raras para se firmar prepositivamente no âmbito do direito internacional: manifestar-se sobre tema evidentemente de *jus cogens* e posicionar-se definitivamente contra a ameaça ou uso de armas nucleares. Após considerar o emprego de armas nucleares um perigo ao ambiente, à cadeia alimentar e ao ecossistema marinho, o Tribunal afirmou que não poderia concluir definitivamente se a ameaça ou uso de armas nucleares seria lícita ou ilícita em uma circunstância extrema de legítima defesa, na qual a própria sobrevivência de um Estado estivesse em causa – o que é condenável.

É exatamente nesse sentido que Pierre-Marie Dupuy, por exemplo, considera que a falta de enfrentamento direto da matéria pelos tribunais internacionais, no sentido de identificar e colocar em prática esse conjunto de princípios e políticas versando sobre proteção ambiental, ainda acabará por prejudicar a condição normativa desses elementos, pois se pedem boas oportunidades de transformar meras declarações – muitas vezes denominadas *soft law* – em ações propositivas. O autor chega a defender a ideia de que a comunidade internacional necessita de um eficiente processo legislativo,³⁷⁶ a fim de dar uma solução definitiva às causas ambientais. A ideia de Dupuy, por mais utópica e improvável que pareça, infelizmente corrobora a linha de pensamento de muitos teóricos do direito internacional. Esses críticos têm veementemente negado o *jus cogens* como caráter fundamental do direito ambiental internacional, por eventualmente não ostentar o caráter compulsório a outros Estados dentro do sistema de sanções da comunidade internacional. A alternativa seria, entre

³⁷⁴ “The rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of *jus cogens*, for they are fundamental rules of a humanitarian character, from which no derogation is possible without negating the basic considerations of humanity which they are intended to protect.” ICJ, 1996, p. 274.

³⁷⁵ “The question under consideration is not whether there is a prohibition in peremptory terms of nuclear weapons specifically so mentioned, but whether there are basic principles of a *jus cogens* nature which are violated by nuclear weapons. If there are such principles which are of a *jus cogens* nature, then it would follow that the weapon itself would be prohibited under the *jus cogens* concept.” *Ibid.*, loc. cit.

³⁷⁶ DUPUY, 2007, p. 464.

outras ideias, a incansável busca pela codificação, o efeito Oppenheim no direito ambiental internacional.

Quais seriam os motivos para a ICJ não considerar, efetivamente, a existência de um *jus cogens* ambiental, mesmo abordando o conceito como um direito humano elementar (direito ao ambiente saudável, direito à sustentabilidade e direito à própria vida)? Talvez a resposta seja o ainda incipiente grau de ascendência das normas de caráter ambiental na ordem legal internacional e sua conceituação de *soft law*, ou, no máximo, um costume ainda em formação.

Com efeito, no sistema jurídico internacional, há uma visualização mais clara das normas de direito ambiental internacional quando estas são oriundas diretamente de tratados. Realmente, essa tem sido a forma mais eficaz de discutir, compreender e expressar a preocupação da comunidade internacional em se tratando de proteção ambiental. Entretanto, há a possibilidade de que os próprios tratados possam prover evidências da formação de costumes.³⁷⁷

Bodanski afirma que a capilarização do direito ambiental internacional em forma de tratados poderia enfraquecer o costume, porém este se manteria ainda como fonte: “[...] a crescente importância dos tratados sugere a diminuição do papel do direito ambiental costumeiro internacional. Não obstante, muitos escritores ainda consideram o costume uma importante fonte de direito ambiental internacional”.³⁷⁸

A proteção ambiental pode ser considerada o mais importante aspecto do direito ambiental internacional consuetudinário, uma vez que tem sido objeto de um grande volume de MEAs e acordos regionais, os quais abordam direta ou indiretamente o tema ambiental, além de instruírem paradigmáticas decisões de tribunais internacionais, Resoluções da UN e uma infinidade de outros documentos e ações de órgãos internacionais especializados.

Não se pretende defender o ponto de vista de que exatamente tudo em se tratando de proteção ambiental deva ser qualificado como *jus cogens* ou decorrente de costume. Porém, os diversos instrumentos internacionais que tratam do assunto apresentam um condão que pode ser facilmente identificado, ou seja, quase sempre sugerindo uma linha de precaução, desenvolvimento sustentável e proteção de interesses transgeracionais. Esses pontos de convergência, para alguns, podem ser indicadores de um costume de direito ambiental internacional – ou seja, a um passo de serem considerados *jus cogens* –, segundo uma visão

³⁷⁷ DUPUY, 2007, p. 5.

³⁷⁸ BODANSKI, Daniel. Customary (And Not So Customary) International Environmental Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indianapolis, v. 3, n. 1, p. 105-119, 1995, p. 106.

mais conservadora desse tipo de norma. Assim, defendem que as normas de *jus cogens* devem primeiro imergir no direito internacional pelo direito consuetudinário ou pelos princípios gerais de direito, de acordo com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, e, a partir daí, serem elevadas ao patamar de normas peremptória pela própria comunidade internacional.

Sobre as fontes de direito internacional enumeradas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Christina Voigt observa que “[...] é em particular no direito consuetudinário e nos princípios gerais de direito que mais provavelmente capturam o significado normativo do desenvolvimento sustentável”.³⁷⁹ Aliás, em se tratando de direito ambiental internacional, dois desses princípios têm sido constantemente debatidos e geralmente representados nos acordos: o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável pode ser considerado um princípio marcante na construção do sistema normativo próprio (autossuficiente) do direito ambiental internacional. Sobre essa relação princípio-sistema, assim leciona Christina Voigt:

O direito internacional, enquanto sistema normativo, não é estático. Ele envolve e cresce em resposta a modernos desafios. Uma das áreas onde o direito internacional está se desenvolvendo é na extensão de seu âmbito aos indivíduos, às comunidades regionais e amplamente na sociedade civil. As repetidas referências ao desenvolvimento sustentável em um grande número de normas internacionais e domésticas, convenções e documentos não vinculantes é evidência de sua aceitação geral como conceito normativo.³⁸⁰

No âmbito da ICJ, por exemplo, na decisão do *case Gabčíkovo-Nagymaros Project*,³⁸¹ há o famoso voto em separado do juiz Weeramantry, o qual sustentou que o princípio do desenvolvimento sustentável possui a natureza de um princípio de direito consuetudinário:

Felizmente para o direito internacional, são abundantes os indícios, conforme citado anteriormente neste parecer, daquele grau de “reconhecimento geral” entre os Estados de uma certa prática como obrigatória para dar ao princípio do desenvolvimento sustentável a natureza de direito consuetudinário.³⁸²

³⁷⁹ VOIGT, Christina. *Sustainable Development as a Principle of International Law: resolving conflicts between climate measures and WTO law*. Leiden: Brill, 2009, p. 145.

³⁸⁰ “International law as a normative system is not static. It involves and grows in response to modern challenges. One of the areas where international law is developing is in the extension of its ambit to individuals, regional communities and the wider civil society. Another area is the international community’s concern for sustainable development”. *Ibid.*, p. 145-146.

³⁸¹ ICJ, 1997.

³⁸² “Happily for international law, there are plentiful indications, as recited earlier in this opinion, of that degree of “general recognition among States of a certain practice as obligatory to give the principle of sustainable development the nature of customary law.” *Ibid.*, p. 104.

No *case Southern Bluefin Tuna Case (New Zealand vs Japan; Australia vs Japan)*,³⁸³ levado a julgamento no *International Tribunal for the Law of the Sea* (Itlos), nota-se que a decisão também foi no sentido de também considerar o princípio da precaução³⁸⁴ como um ‘costume internacional’, sob a justificativa de que este princípio fora contundentemente incorporado a uma série de instrumentos multilaterais que versavam sobre o gerenciamento e a conservação marinhas nas décadas anteriores.³⁸⁵ Em estudo realizado especificamente sobre o tema, Simon Marr ainda acrescenta:

Entretanto, tendo em vista práticas reiteradas de Estados e *opinio juris*, existem bons fundamentos para argumentar que a abordagem da precaução, em relação aos recursos marinhos vivos, tem desenvolvido de uma norma evolutiva para uma estabelecida norma de direito costumeiro internacional.³⁸⁶

A abordagem realizada pelo Itlos é importante para a compreensão da escalada de uma norma na ordem legal internacional. Se um princípio existente aparece repetida e recorrememente em tratados internacionais (não necessariamente em todos) e tem sido gradativamente incorporado a documentos originados dos mais diversos órgãos internacionais, como a UN e a ICJ, por exemplo, e se há uma predominância já sedimentada desse princípio no nível interno dos Estados, infere-se que, embora não positivado como *jus cogens* (a teor do que defende a ILC como requisito), ainda assim poderá ser aplicado, com base no costume internacional ou mesmo nos valores que visa proteger. Nesse contexto, percebe-se que, no âmbito da UN, podem existir princípios ambientais internacionais que são revestidos do *status* de *jus cogens*,³⁸⁷ como a soberania permanente sobre os recursos naturais,³⁸⁸ norma ascendente de *jus cogens* pelo próprio direito internacional consuetudinário, após aparições na Declaração de Estocolmo de 1972 e seguidamente em Resoluções da Unga, conforme argumenta Ian Brownlie.³⁸⁹

Há também quem opine que inexistente um *jus cogens* de carácter eminentemente ambiental, como se infere do posicionamento crítico de Louis Kotzé. O jurista, no afã de

³⁸³ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*. Merits. Hamburg, 1999. **Itlos**, Hamburg, [200?].

³⁸⁴ “[...] [sobre o Japão] *otherwise failing in its obligations under UNCLOS [United Nations Convention on Law of the Sea] in respect of the conservation and management of SBI [State Bank of India] having regard to the requirements of the precautionary principle*”. *Ibid.*, p. 286.

³⁸⁵ MARR, Simon. *The southern bluefin tuna cases: the precautionary approach and conservation and management of fish resources*. **European Journal Of International Law**, Florença, v. 11, n. 4, p. 815-831, 2000. p. 824

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 827.

³⁸⁷ Cf.: PAULUS, 2005.

³⁸⁸ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 511.

³⁸⁹ Principalmente as Resoluções nº 1.803/1962 e nº 3.326/1974 da Unga.

defender o surgimento de uma nova ordem global ambiental global a partir do antropoceno,³⁹⁰ apresenta uma série de obstáculos conceituais e práticos, os quais, segundo opina, provam a ausência do *jus cogens* no direito ambiental internacional. O primeiro, segundo ele, é que, em comparação com as questões humanitárias, surgidas logo após a II Guerra Mundial, a preocupação com o ambiente é um fenômeno recente, o qual foi tracionado apenas a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, sugerindo que é normativamente subdesenvolvida perante o direito internacional consuetudinário e o *jus cogens*. Ora, essa é uma narrativa absolutamente rasa, pois, conforme visto até então, o *jus cogens* foi concebido a partir de uma matriz jusnaturalista desde a inclusão na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, além de ostentar um inegável aspecto de moralidade e proteção de valores fundamentais à existência da comunidade internacional. Portanto, não haveria sentido em reconhecer a existência de normas com caráter de *jus cogens* no direito ambiental internacional somente a partir do amadurecimento de tais normas na ordem jurídica internacional. Ademais, a comparação com direito humanitário merece reparos, visto que o direito humanitário nada mais é do que a aplicação dos direitos humanos a determinados grupos de indivíduos, e, nessa condição, o direito à sustentabilidade para preservação da vida também o é. Em suma, não apenas o direito ambiental está em formação – inadmitindo a recepção de normas de *jus cogens*, segundo opina Kotzé –, mas o próprio direito em si é objeto de constante evolução.

Em segundo, sustenta o autor que nenhuma das tradicionais normas de *jus cogens* seriam focadas no direito ambiental internacional, argumentando que as normas de *jus cogens* aceitas pelo direito internacional são associadas apenas com o direito humanitário e os direitos relacionados à segurança do Estado e da pessoa. Aqui se verifica outra ilação facilmente contestável, pois, além do direito internacional humanitário ser evidentemente calcado em direitos humanos, conforme visto, a própria ILC, em lista não exaustiva anexa ao relatório sobre normas peremptórias de direito internacional, abordado a seguir, considera o direito a autodeterminação dos povos como exemplo de *jus cogens*. E, nesse sentido, não se pode olvidar dos desdobramentos do direito à autodeterminação ambiental dos povos, conforme reiteradamente proclamado pela Unga nas Resoluções de soberania permanente sobre os

³⁹⁰ KOTZÉ, Louis. Constitutional Conversations in the Anthropocene: In Search of Environmental *Jus Cogens* Norms. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: *Jus Cogens: Quo Vadis?*** Haia: Springer, 2016. p. 241-271, p. 252 e ss.

recursos naturais – Resoluções nº 523/1952, nº 1.803/1962, nº 2.993/1972,³⁹¹ nº 3.005/1972, nº 3.175/1974, nº 3.336/1974, nº 3.516/1975 – e na autodeterminação das nações indígenas sobre a água, terra, água e outros recursos naturais, que são a base cultural desses povos e, nesta capacidade, objeto de proteção pelo princípio da autodeterminação.³⁹²

Em terceiro, defende Kotzé que as soberanias dos Estados, sendo a base da ordem legal internacional, são apenas limitadas pelo direito internacional com seu consentimento e que o *jus cogens* poderia ser uma ameaça à liberdade dos Estados em conduzir seus interesses internacionais, eis que não positivado em Tratados – o que restringiria a soberania dos Estados. Bem, esse é um equívoco até certo ponto primário e absolutamente retrógrado nos dias atuais. Os juristas internacionais são tradicionais conhecedores da tática da ‘ameaça à soberania’, que falsamente protege os Estados de sanções de toda sorte no âmbito da comunidade internacional. Martii Koskeniemmi, por exemplo, opina que a soberania (na forma defendida por Kotzé) serve apenas para defender interesses egoísticos de limitadas comunidades contra a própria comunidade internacional e ilimitadas oportunidades de agressão interna.³⁹³ Stephen Krasner define a soberania como “hipocrisia organizada”.³⁹⁴ Kotzé não se atenta ao fato de que a soberania não é mais aquela de Bodin, visto que a sociedade evoluiu de um conceito descritivo e normativo de soberania para um vínculo cada vez maior entre os Estados por meio do desenvolvimento de normas e regimes formais e informais de poder e pressão na comunidade internacional. Koskeniemmi defende que “[...] o padrão de influência e tomada de decisão que governa o mundo tem uma conexão cada vez mais marginal com a soberania”, citando como exemplo o caso europeu de tomadas de decisão em áreas essenciais em nível organizacional:

Em tais contextos, a soberania expressa frustração e raiva sobre os espaços cada vez menores de reimaginação coletiva, criação e transformação de identidades individuais e grupais pelo que se apresenta como as necessidades inevitáveis de uma modernidade global. Contra esses, a soberania articula a esperança de experimentar

³⁹¹ A Unga garante os direitos dos Estados ao pleno exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais, afirmando que eventual medida ou pressão direcionada a qualquer nação no exercício deste direito é considerada uma “flagrante violação aos princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, conforme disposto na Carta das Nações Unidas”, a teor do contido na Resolução 2.993/1972 (XXVII). UNITED NATIONS. Resolution 2993 (XXVII). Implementation of the Declaration on the Strengthening of International Security. Resolution Adopted at the 2111th plenary meeting, 15 Dec. 1972. A/RES/2993(XXVII). 15 dez. 1972. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 27th session**. New York: UN, 1972a. p. 20-21, p. 21.

³⁹² SPROAT, Dana. An Indigenous People's Right to Environmental Self-Determination: Native Hawaiians and the Struggle Against Climate Change Devastation. **Stanford Environmental Law Journal**, [S. l.], v. 35, n. 2, p. 157-220, 2016; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the Saramaka People v. Suriname**. Judgment of November 28, 2007. [S. l.: s. n.], 2007.

³⁹³ KOSKENIEMI, Martti. What Use for Sovereignty Today? **Asian Journal of International Law**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 61-70, 2011, p. 1

³⁹⁴ KRASNER, Stephen D. **Sovereignty: organized hypocrisy**. Chichester: Princeton University Press, 1999.

a emoção de ter a vida em suas próprias mãos. Isso é o que a soberania significava para aqueles que lutaram contra o governo teocrático no início da Europa moderna ou a invocaram para apoiar a descolonização no século XX. Hoje, é um representante obscuro de um ideal contra a desilusão com o poder global e o domínio especializado. No contexto de guerra, colapso econômico e destruição ambiental, apesar de todas as tecnologias gerenciais, a soberania aponta para a possibilidade, ainda que limitada ou idealista, de que, aconteça o que acontecer, não se é apenas um peão no jogo dos outros, mas, por melhor ou pior, o mestre de sua vida.³⁹⁵

Sobre o argumento depreciativo de que *jus cogens* implica obrigação negativa, deve-se admitir que sim, o *jus cogens* é eminentemente de capacidade dissuasória. Entretanto, ao contrário do que argumenta Kotzé, a abstenção ou o não agir que caracteriza o *jus cogens*, segundo uma abordagem mais intuitiva, serviria para contribuir para a identificação de normas peremptórias de direito internacional. A ausência de uma prática interestatal relacionada a determinados princípios fundamentais, *e.g.*, a proscrição dos crimes contra a humanidade, não deveria impedir – pelo contrário, deveria demonstrar – sua imperatividade na ordem jurídica internacional.

Kotzé ainda tece outras razões de descrédito ao *jus cogens* ambiental, como dificuldade regulatória do escopo do *jus cogens*, o fato de que o *jus cogens* não se alinha com obrigações positivas, como prevenção, responsabilização e compensação, além de argumentar que haveria um potencial conflito entre *jus cogens* de caráter ambiental com outras normas gerais com características de *jus cogens*. De uma forma geral, essas são as já batidas críticas que os pensadores contrários ao *jus cogens* reiteradamente trazem à discussão, que, na realidade, podem ser consideradas uma resistência, até certo ponto infundada, por parte de alguns juristas. As teorias de negação do *jus cogens* são merecedoras de críticas, eis que nenhuma se coaduna com os fundamentos da comunidade internacional estudados e delineados até então. Propriamente dizendo, com base nas conclusões da ILC sobre o *jus cogens* – Conclusão 14 (3), vista a seguir –, a regra do *persistent objector* não se aplica a normas peremptórias de direito internacional, permitindo-se aqui um inofensivo gracejo.

De qualquer forma, parece que a identificação dos princípios ambientais intrinsecamente ligados aos direitos humanos, a partir de uma abordagem mais permissiva,

³⁹⁵ “*In such contexts sovereignty expresses frustration and anger about the diminishing spaces of collective re-imagining, creation and transformation of individual and group identities by what present themselves as the unavoidable necessities of a global modernity. Against those, sovereignty articulates the hope of experiencing the thrill of having one’s life is in one’s own hands. This is what sovereignty meant for those who struggled against theocratic rule in early modern Europe or invoked it to support de-colonization in the 20th century. Today, it stands as an obscure representative of an ideal against disillusionment with global power and expert rule. In the context of war, economic collapse and environmental destruction, in spite of all the managerial technologies, sovereignty points to the possibility, however limited or idealistic, that whatever comes to happen, one is not just a pawn in other people’s games but, for better or for worse, the master of one’s life.*” KOSKENNIEMI, 2011, p. 8.

ascenderam à categoria de *jus cogens* por protegerem, legitimamente, os direitos humanos mais fundamentais.³⁹⁶ Assim, o direito de livremente usar o ambiente para benefício das gerações presentes e futuras decorre de valores fundamentais protegidos pelo *jus cogens*, entre os quais, na visão de Roberto Ago,

As regras fundamentais relativas à salvaguarda da paz, nomeadamente as que proibem o recurso à força ou a ameaça de força; regras fundamentais de natureza humanitária (proibição do genocídio, escravidão e discriminação racial, proteção dos direitos essenciais da pessoa humana em tempo de paz e guerra; as regras que proibem qualquer violação da independência e igualdade soberana dos Estados; as regras que asseguram a todos os membros da comunidade internacional o gozo de certos recursos comuns (alto mar, espaço sideral, etc.).³⁹⁷

É possível identificar, portanto, o imenso escopo do *jus cogens* a partir da teoria da humanização do direito internacional. Ao se considerar como premissa fundamental a justiça objetiva, a qual defende valores da humanidade acima da própria forma – ainda tão exigida por teóricos do direito internacional contemporâneo –, oportuniza-se a proteção da liberdade, da identidade, da cultura e do ambiente de um povo, que naturalmente decorrem do movimento de expansão do *jus cogens*.

Ademais, o ainda tímido – porém gradativo – reconhecimento pelos tribunais internacionais da existência de normas peremptórias de direito internacional relacionadas à proteção do ambiente e dos direitos humanos, bem como à autodeterminação econômico-sócio-cultural dos povos, indica, no mínimo, a formação de uma *opinio juris* da comunidade internacional baseada nos valores sobre os quais a comunidade de Estados foi edificada.

Assim, o direito internacional da humanidade resgata a condição do indivíduo como sujeito de direitos na ordem jurídica internacional, conferindo-lhe não apenas direitos essenciais mas verdadeiro poder, que emana diretamente do direito internacional. Ou seja, a democratização da matriz do direito internacional, o qual não mais deve ocupar-se exclusivamente de relações interestatais. Essa democratização é representada, justamente,

³⁹⁶ “A third sphere of imperative norms regards the protection of humanity, especially of the most essential human rights [...]. But those rules which protect human dignity, personal and racial equality, life and personal freedom can certainly be acknowledged as inalienable law”. SCHEUNER, Ulrich. Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law and its Consequences: Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heildelber, p. 520-532, 1967, p. 526-527.

³⁹⁷ “The fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; fundamental rules of a humanitarian nature (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, protection of essential rights of the human person in time of peace and war); the rules prohibiting any infringement of the independence and sovereign equality of States; the rules which ensure to all members of the international Community the enjoyment of certain common resources (high seas, outer space, etc.).” AGO, Roberto. Droit des traités a la lumière de la Convention de Vienne Introduction. *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, La Haye, v. 134, 1971. Disponível em: <https://bit.ly/3y7bhEN>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 324, nota de rodapé 37.

pelo resgate do humano como sujeito de direito internacional. Como bem observam Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt:

Assim, o debate do *jus cogens* não pode ser isolado da mudança mais ampla de paradigma no direito internacional, do estado-centrismo para a chamada humanização do direito internacional. Essa mudança inclui o reconhecimento de outros atores além dos Estados como sujeitos do direito internacional, o surgimento e o florescimento de disciplinas focadas na proteção de indivíduos como direitos humanos, direito internacional humanitário e direito penal internacional, a individualização da solução de controvérsias, a mudança de bilateralismo para multilateralismo, e assim por diante. Esses desenvolvimentos provavelmente afetarão o curso e o significado do *jus cogens*.³⁹⁸

Ao se ultrapassar resolutamente a visão engessada do atual direito internacional, de uma matriz de *jus dispositivum* ao *jus cogens*, pavimenta-se o caminho para a construção de uma comunidade internacional coesa e sob guarda dos imperativos do Estado de Direito e da justiça. Nesse contexto, o *jus cogens*, nas palavras de Cançado Trindade, “[...] possui uma relação direta com os fundamentos de um direito internacional universal e é um pilar do novo *jus gentium*”³⁹⁹ – além de representar o resgate da consciência da humanidade.

2.7 IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS DE *JUS COGENS* – RELATÓRIO DA 71ª SESSÃO DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL – ILC

Conforme expressão de Andreas Paulus, a indeterminação do conteúdo e do efeito jurídico preciso do *jus cogens* o condenaram, em grande parte, à irrelevância prática.⁴⁰⁰

Paradoxalmente, as discussões sobre normas peremptórias de direito internacional têm novamente ocupado posição de destaque na literatura jurídica especializada, na qual se verifica uma proliferação de trabalhos acadêmicos e obras literárias sobre o tema, renovando as discussões sobre a natureza, o conteúdo, a definição, a aplicação e, principalmente, a identificação do alcance do *jus cogens* na ordem jurídica internacional.

Possivelmente, essa oxigenação em torno do conceito se deve à nova investida da ILC sobre o tema, a partir da inclusão do tópico na Sexagésima Sétima Sessão da ILC, de 2015. A

³⁹⁸ “Accordingly, the *jus cogens* debate cannot be isolated from the broader paradigm shift in international law from state-centrism to the so-called humanization of international law. That shift includes the recognition of actors other than states as subjects of international law, the emergence and blooming of disciplines focusing on the protection of individuals such as human rights, international humanitarian law and international criminal law, the individualization of dispute settlement, the shift from bilateralism to multilateralism, and so on. These developments are likely to affect the course and purport of *jus cogens*”. HEIJER; WILT, 2016, p. 5.

³⁹⁹ “[...] has a direct bearing on the foundations of a universal International Law, and is a pillar of the new *jus cogens*”. CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 640.

⁴⁰⁰ PAULUS, 2005, p. 230.

Resolução nº 70/236, de 23 de dezembro de 2015, incluiu o *jus cogens* no programa de trabalho da ILC, apontando como *special rapporteur* responsável pelo Relatório *Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (jus cogens)* o Prof. Dire Tadli.⁴⁰¹

O objetivo principal, conforme se denota, é a determinação da natureza do *jus cogens*, o processo de identificação de normas peremptórias e a formulação de uma lista ilustrativa – ou ‘não exaustiva’, na expressão da ILC – de normas reconhecidamente revestidas de *jus cogens*. De início, Tadli esclareceu que a dinâmica deste Relatório seria mais sobre “[...] processo e metodologia do que conteúdo de normas e regras específica”, claramente estabelecendo uma limitação de escopo ao próprio Relatório. Entretanto, mesmo partindo-se de uma premissa deveras humilde, o que se viu na formulação da então chamada lista não exaustiva de *jus cogens* foi apenas a repetição de normas que já haviam sido identificadas como *jus cogens* em momentos anteriores pela própria ILC. Ou seja, neste ponto, perdeu-se uma excelente oportunidade de evolução do conceito.

Pois bem, a partir da constituição do tópico no programa de trabalho da Comissão, três relatórios foram apresentados (2016, 2017 e 2018), entre a 68ª e 70ª sessão. Na sessão seguinte – 71ª, de 2019 –, a Comissão adotou as conclusões do *draft*, baseando-se no quarto relatório do *special rapporteur*.⁴⁰² Assim, nos termos dos arts. 16 a 21 do Estatuto da ILC, as conclusões do *draft* foram transmitidas pelo secretário-geral da UN aos governos dos Estados-membros para comentários e observações no final de 2020.

Da leitura do Relatório, fica claro que se trata de uma tentativa, por parte da ILC, de lançar luz sobre o *jus cogens* no atual momento de desenvolvimento do direito internacional. Para tanto, a Comissão listou 23 conclusões, as quais foram divididas em quatro partes: (i) introdução; (ii) identificação de normas peremptórias de direito internacional geral; (iii) consequências jurídicas de normas peremptórias de direito internacional geral; e (iv) disposições gerais.

Obviamente que um documento dessa magnitude, cujo objeto é um tema que sempre fomentou a discussão e pontos de vista totalmente antagônicos, não seria tarefa fácil de cumprir. O *special rapporteur* comenta, em suas linhas introdutórias, a ocorrência de constantes divergências no interior da Comissão,⁴⁰³ como críticas à metodologia, inconsistência dos termos, falta de suporte na prática estatal, ausência de considerações sobre princípios de direito como fontes de direito internacional e a própria interpretação do *jus*

⁴⁰¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Peremptory norms of general international law (Jus cogens). ILC, New York, [2017?].

⁴⁰² *Id.*, 2019.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 4-5.

cogens em si, apenas para citar alguns pontos sensíveis. Não obstante, a seguir, buscar-se-á apresentar as conclusões do Relatório, de forma a facilitar a compreensão acerca da concepção *do jus cogens* a partir da metodologia adotada pela ILC.

2.7.1 As conclusões do Relatório da 71ª Sessão da International Law Commission

Adiante, apresentam-se sintetizadas as conclusões da ILC a respeito das normas peremptórias de direito internacional geral, apreciadas em seus aspectos elementares.

2.7.1.1 Parte 1: Escopo, definição e natureza

A Parte 1 apresenta o escopo, a definição e a natureza das normas peremptórias de direito internacional geral, basicamente replicando o art. 53 da CVTL, ao afirmar que se trata de normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, inderrogáveis e alteráveis somente por norma posterior de *jus cogens* com as mesmas características.

No que tange à natureza do *jus cogens*, interessante notar que a ILC menciona que estas normas “[...] refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional, sendo hierarquicamente superiores a outras normas de direito internacional e aplicáveis universalmente”.⁴⁰⁴ O termo ‘proteger’ é sistematicamente definido no Relatório como o efeito desta norma peremptória sobre o valor, ou seja, a proteção do valor em questão. O Relatório expressamente menciona que esses conceitos se reforçam mutuamente, nestes termos: “Um valor refletido por uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) será protegido pelo cumprimento dessa norma”.⁴⁰⁵ Essa percepção é essencial para se compreender a natureza de determinadas normas como *jus cogens*, considerando-se a proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional.

2.7.1.2 Parte 2: Critérios para a identificação do jus cogens

A Parte 2 do Relatório define os critérios para a identificação do *jus cogens*, estabelecendo que se trata de uma norma de direito internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade de Estados como um todo e não derogável. Embora seja um critério

⁴⁰⁴ ILC, [2017?], p. 157.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

subdividido em alguns elementos, as considerações principais sobre esta conclusão giram em torno da forma de reconhecimento do caráter peremptório da norma pela comunidade internacional ‘como um todo’.

Ao mencionar ‘aceitação’ e ‘reconhecimento’, o Relatório se refere a um critério qualitativo, ou seja, distinto do critério de aceitação e reconhecimento das demais normas de direito internacional geral. O comentário da ILC sobre esse ponto determina que a aceitação como direito (*opinio juris*) demonstra que os Estados adotam a prática da norma, a qual é um elemento constitutivo de direito costumeiro internacional. Por sua vez, o reconhecimento como um princípio geral de direito é validado somente se reconhecido como decorrente do Art. 38, par. 1 (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Assim, aceitação e reconhecimento, como critérios de identificação de *jus cogens*, dizem respeito ao reconhecimento, por parte da comunidade internacional como um todo, de que se trata, realmente, de uma norma peremptória de direito internacional.

Com efeito, a Conclusão 5 do Relatório estabelece as bases para o *jus cogens*, mormente no direito costumeiro internacional, o qual afirma ser “[...] a base mais comum para normas peremptórias de direito internacional geral (*jus cogens*)”,⁴⁰⁶ e nas disposições de Tratados e princípios gerais de direito. Como exemplo prático de *case law*, pode ser citado o Tribunal Criminal Internacional para a Ex-Iugoslávia, o qual firmou entendimento de que a proibição da tortura é uma norma de direito internacional consuetudinário, ou seja, que constitui uma norma de *jus cogens*.⁴⁰⁷

Outro ponto sensível das conclusões da ILC sobre o *jus cogens* se refere ao requisito de aceitação por parte da comunidade dos Estados ‘como um todo’. A conclusão 7 menciona que a aceitação e o reconhecimento por uma grande maioria de Estados são requisitos necessários à identificação da norma como *jus cogens*. A observação mais importante, entretanto, é de que a ILC considera desnecessário que a norma seja aceita e reconhecida por todos os Estados.⁴⁰⁸ Importante lembrar que, durante a Convenção de Viena, o representante do Comitê de Projeto de Artigos, Mustafa K. Yasseen, afirmou que a expressão “comunidade internacional como um todo” denotava o fato de que a norma peremptória deveria ser aceita pela grande maioria dos Estados, mas não necessariamente por todos eles. O pequeno número de oponentes não poderia, portanto, invocar seu *status* de objetos persistentes (*persistent*

⁴⁰⁶ “[...] *the most common basis for peremptory norms of general international law (jus cogens)*”. ILC, [2017?], p. 158-159.

⁴⁰⁷ “[...] because of ... the values it protects, the prohibition of torture has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*”. ICTY, 1998, p. 31, § 69.

⁴⁰⁸ ILC, *op. cit.*, p. 166.

objectors).⁴⁰⁹ Tal abordagem parece ter sido confirmada pela posição da comunidade internacional (e em particular da UN) em relação ao *apartheid* na República da África do Sul.⁴¹⁰

A conclusão 8 do Relatório foca na evidência de que a norma peremptória de direito internacional precisa para ser aceita e reconhecida. Essa evidência primária, segundo a ILC, pode se dar a partir de várias formas, incluindo-se: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; pareceres jurídicos governamentais; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões dos tribunais nacionais; disposições de Tratados; e Resoluções adotadas por uma organização internacional ou em uma conferência intergovernamental. A apresentação das possíveis formas e matérias que servem de fontes ao *jus cogens* revela que qualquer material capaz de expressar ou refletir as opiniões dos Estados seria relevante como evidência de aceitação e reconhecimento.⁴¹¹ Entretanto, como a própria ILC observa, estes materiais não são, *per se*, conclusivos de que uma norma é peremptória. Os materiais citados na conclusão devem ser sopesados e avaliados em conjunto, de forma a constatar se há evidência determinante de *jus cogens*, com aceitação e reconhecimento da comunidade internacional de Estados.

Em adição, a Conclusão 9 do Relatório menciona que decisões de Cortes e Tribunais Internacionais (em particular a Corte Internacional de Justiça),⁴¹² também são consideradas meios subsidiários⁴¹³ de determinação do caráter peremptório de algumas normas de direito internacional geral, assim como o trabalho de órgãos especializados constituídos pelos Estados, de Organizações Internacionais e os estudos dos mais altamente qualificados autores das várias nações. Essa Conclusão está em consonância com a previsão do Art. 38, parágrafo 1 (d), do Estatuto da ICJ sobre fontes subsidiárias de normas, exceto pelo fato de que as decisões dos Tribunais nacionais são consideradas como meios primários de identificação de normas peremptórias.

⁴⁰⁹ UN, 1968, p. 472, § 12.

⁴¹⁰ “*The second case is that of South Africa's failure to appeal to the Persistent Objector Rule in disputing judgments that apartheid violated international law.*” STEINFELD, Adam. Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons. **Brooklin Law Review**, [S. l.], v. 62, n. 4, p. 1635-1686, p. 1655.

⁴¹¹ ILC, [2017?], p. 166.

⁴¹² A ICJ é mencionada, segundo a ILC, por dois motivos: um, porque é o principal órgão judicial da UN, com membros eleitos pelos principais órgãos políticos da Organização. Dois, porque permanece como a única Corte internacional com jurisdição e competência em matéria geral.

⁴¹³ O termo ‘subsidiário’ não possui conotação de inferior, porém, como menciona a ILC, em “[...] um senso que facilite a determinação se há aceitação e reconhecimentos pelos Estados, não sendo a fonte subsidiária, por si só, evidencia dessa aceitação e desse reconhecimento”.

Depreende-se também que, partir da lista de evidências primárias e subsidiárias para identificação de *jus cogens* enumerada no Relatório, o costume internacional adquire especial importância na identificação da norma peremptória, devido à forma de identificar as evidências pelas próprias opiniões e posições adotadas pelos Estados no cenário internacional. O Relatório, neste aspecto, deixa claro que a *opinio juris* traduz-se na identificação do costume e do *jus cogens*, constituindo-se em elemento essencial para cumprir os critérios de aceitação e reconhecimento por parte da comunidade internacional – desde que, obviamente, inderrogável, no caso do *jus cogens*.

Entretanto, é justamente nesse ponto que reside uma das principais críticas ao Relatório. A experiência decorrente da vida em uma comunidade internacional demonstra que o *jus cogens* ainda se constitui em um ilustre desconhecido – em que pese a essencialidade de seu conceito. Por exemplo, a ICJ, por diversas ocasiões,⁴¹⁴ teve diante de si a oportunidade de manifestar-se sobre a existência de *jus cogens* em vários *cases* sob seus auspícios,⁴¹⁵ mas relutou em determinar expressamente sua aplicabilidade – o que é absolutamente incompreensível considerando-se sua função na comunidade internacional, diga-se de passagem. A exigência de que uma norma peremptória deva ser considerada como tal apenas a partir de uma opinião expressa dos Estados nesse sentido é uma ficção chancelada pela ILC, eis que as manifestações dos Estados são eminentemente políticas. As negociações da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados mostraram, justamente, divergência quanto à aceitação de determinadas normas de *jus cogens* pelos Estados. Comentando sobre essa dificuldade de convergência em torno do conceito e da inclusão da variável ‘interesse’, o representante do Reino Unido, astutamente, argumentou: “[...] o que pode ser *jus cogens* para um Estado pode não ser, necessariamente, *jus cogens* para outro”.⁴¹⁶

Em suma, a determinação de uma norma de *jus cogens* pelos Estados, de forma expressa – como requisito elementar, segundo a ILC –, sempre estará submissa a um interesse político, que, por vezes, ignora as características e a finalidade de um determinado conceito.

⁴¹⁴ Um dos casos raros em que a Corte tomou posição para determinar *jus cogens* foi o julgamento do *case Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, no qual a ICJ baseou suas conclusões de que a proibição da tortura se reveste de *jus cogens* em uma variedade de materiais e evidências.

⁴¹⁵ Exemplos: o parecer no *case Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* e *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* e as decisões do *case Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, East Timor*, e *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (expressamente listados pela ILC) trouxeram grandes contribuições ao entendimento e à evolução do *jus cogens*, mas em nenhum momento invocam expressamente, em suas conclusões, a existência de normas peremptórias.

⁴¹⁶ “[...] *that what might be jus cogens for one state would not necessarily be jus cogens for another*”. UN, 1969, p. 305.

Assim, pode ser considerado um grande impasse para o desenvolvimento do *jus cogens* o fato de que sua determinação deva ser provida pelos Estados, os quais, segundo o Relatório, “[...] têm esse poder de separar o que é *jus cogens* e costume, mesmo que sejam de igual fonte. Basta expressar que determinada norma é *jus cogens*”.⁴¹⁷ Pode-se dizer que esse requisito limita sobremaneira a identificação do *jus cogens*, conforme se verá adiante.

2.7.1.3 Parte 3: *Consequências jurídicas de normas peremptórias de direito internacional geral (jus cogens)*

Ao tratar das consequências da admissão de uma norma de *jus cogens*, o Relatório não traz qualquer inovação interpretativa. A Conclusão 10 menciona que o Tratado é nulo se, ao tempo de sua conclusão, conflitar com norma peremptória de direito internacional geral e suas provisões não possuírem força jurídica. Da mesma forma, na emergência de uma norma de *jus cogens*, qualquer norma conflitante se torna nula e sem efeito, restando às partes a extinção da obrigação de cumprir o Acordo. Esta, como se sabe, é uma decorrência natural da existência ou emergência de norma peremptória no plano do direito internacional, a teor do art. 64 da VCLT.

Dando continuidade à recepção do *jus cogens* diante de Acordos internacionais conflitantes com o primeiro, a Conclusão 11 expressa que o Tratado é nulo como um todo (derrogado) e não divisível (ausência de possibilidade de proveito de determinadas provisões). Exceções a essa regra: (i) se as disposições do Tratado em conflito com *jus cogens* forem separáveis do restante do Tratado no que tange à sua aplicação; (ii) se a aceitação dessas regras dissonantes com o *jus cogens* não foi a base essencial para consentimento das partes; e (iii) se a continuidade do restante do Tratado não for injusta. Em todos os casos, possuem as partes a obrigação legal de eliminar, assim que possível, as consequências de qualquer ato realizado a partir do Tratado, desde que esteja em conflito com o *jus cogens* (Conclusão 12).

As Conclusões 17, 18 e 19 versam sobre o *jus cogens* e a decorrente responsabilidade dos Estados perante a comunidade internacional. Normas peremptórias de direito internacional geral criam obrigações devidas pelos Estados à comunidade internacional como um todo – efeito *erga omnes* do *jus cogens* (Conclusão 17, ‘1’). Assim, qualquer Estado pode invocar a responsabilidade de outro por violação a uma norma peremptória de direito

⁴¹⁷ “Acceptance and recognition, as a criterion of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), concerns the question whether the international community of States as a whole recognizes a rule of international law as having peremptory character.” ILC, [2017?], p. 164.

internacional (Conclusão 17, ‘2’), sendo vedado aos Estados reconhecer a situação ilícita criada a partir desta violação ou mesmo prestar assistência para sua manutenção (Conclusão 19, ‘2’).

No que tange a eventuais conflitos entre determinadas normas de direito internacional geral e normas peremptórias, o Relatório conclui (Conclusão 20) que a interpretação e aplicação da norma deverá ser, “na medida do possível”, consistente com o *jus cogens*. Na verdade, aqui se verifica outra inconsistência do Relatório, pois a utilização do termo “assim que possível” denota a falsa impressão de que as normas de direito internacional geral em aparente conflito com o *jus cogens* poderiam, de alguma forma, subsistir naquilo em que confluíssem com este último. Por se tratar da norma com a mais alta hierarquia no direito internacional, sendo, inclusive, considerada imperativa de direito, o *jus cogens* deverá ‘sempre’ e incondicionalmente sobrepor-se à norma de direito internacional geral.

Por sua vez, a Conclusão 21 estabelece os procedimentos para invocar o *jus cogens* e invalidar uma norma de direito internacional vigente entre outros Estados. A Conclusão ainda prevê que, havendo objeção pelo(s) Estado(s) notificado(s), a solução se dará conforme indicado no art. 33 da Carta das Nações Unidas.⁴¹⁸ Não havendo solução em um período de doze meses, o Estado que invocou a questão não poderá perpetrar as medidas sugeridas, desde que o assunto tenha sido submetido ao julgamento da ICJ, até decisão final.

2.7.1.4 Parte 4: Provisões gerais

Na parte final do Relatório, a ILC enumera o que denomina de ‘lista não exaustiva’ de normas com caráter de *jus cogens*, acerca das quais a Comissão, previamente, em seus trabalhos no decorrer dos anos, já havia manifestado:

- (a) a proibição de agressão;
- (b) a proibição de genocídio;
- (c) a proibição de crimes contra a humanidade;
- (d) as regras básicas de direito humanitário internacional;
- (e) a proibição de discriminação racial e *apartheid*;
- (f) a proibição à escravidão;

⁴¹⁸ “1. As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.” UN, 1945.

- (g) a proibição da tortura;
- (h) o direito à autodeterminação.

A apresentação dessa lista sofreu críticas no interior da própria Comissão, cujos membros levantaram dúvidas quanto à sua formulação, pois, assim arroladas em uma lista, embora não exaustiva, davam a impressão de não existiam outras normas de *jus cogens*. Um segundo aspecto pontuado pelos membros é a dificuldade de elaborar esse tipo de lista – o que poderia levar de 5 minutos a 50 anos, conforme opinião exarada à Comissão.⁴¹⁹

Um ponto relevante, no entanto, é o comentário adjacente à lista ilustrativa, o qual nomina possíveis normas candidatas à conceituação como *jus cogens*, inserido em parágrafo especial do Relatório (123), como o direito à vida e os direitos ambientais.⁴²⁰ Por outro lado, a Comissão também menciona, no comentário ‘13’ da Conclusão 23, que, no tópico *Responsabilidade Estatal* do *draft* adotado em 1976, fazia-se referência às obrigações “[...] de essencial importância para a salvaguarda e preservação do ambiente humano, como aquelas proibindo a poluição maciça da atmosfera ou dos mares”, como normas peremptórias de direito internacional geral.

Em suma, pode-se dizer que os principais escopos do Relatório da ILC são a busca por alguma medida de hierarquia normativa e a consagração de direitos humanitários presentes na lista não exaustiva – compilando opiniões já emitidas pela Comissão no passado.

2.7.2 Crítica às conclusões do Relatório da 71ª Sessão da International Law Commission

A ILC, órgão jurídico da UN, possui um importante papel na orientação do direito internacional geral, contando com praticamente 80 anos de opiniões especializadas nos mais diferentes aspectos de direito internacional e da ordem legal internacional como um todo.

A oportunidade crucial apresentada à Comissão quanto à elaboração do Relatório sobre normas peremptórias de direito internacional geral poderia significar importante avanço em termos de lançar os faróis para o *jus cogens* e auxiliar decisivamente a dissipar as nuvens que o mantém ainda encoberto.

⁴¹⁹ “During the Commission’s consideration of the Special Rapporteur’s first report, a number of members of the Commission expressed doubt about the elaboration of an illustrative list.” ILC, 2019, p. 21-22.

⁴²⁰ “123. Beyond the list here proposed, other norms that have been cited as norms of *jus cogens*, and whose *jus cogens* status enjoys a degree of support, include the prohibition of enforced disappearance, the right to life, the principle of nonrefoulement, the prohibition of human trafficking, the right to due process (the right to a fair trial), the prohibition of discrimination, environmental rights, and the prohibition of terrorism”. *Ibid.*, p. 55.

Ocorre que o temor da ILC em finalmente fazer a diferença no direito internacional não é de hoje. Para se ter uma ideia, nos comentários do *draft* sobre *Responsabilidade do Estado*, no auge das discussões sobre a inserção da autodeterminação como norma de *jus cogens*, o *special rapporteur* Crawford deixou claro: “[...] as duas últimas frases do parágrafo (5) foram redigidas com muito cuidado para serem o mais neutras possível, e elas apenas parafrasearam o que a ICJ havia dito no caso de Timor-Leste”.⁴²¹ Essa clara (e expressa) dependência da ILC para com a ICJ representa uma maléfica involução para o direito internacional.

De uma forma geral, o Relatório pode ser criticado por três razões distintas. A uma, porque, após um denso e extenso estudo realizado no decorrer de cinco anos, e após toda a construção metodológica formulada pela ILC para a averiguação da existência de normas peremptórias de direito internacional geral com base na aceitação e no reconhecimento dos Estados como um todo, relegando pronunciamentos de Tribunais internacionais e Cortes nacionais a fontes subsidiária, a própria Comissão ignora os critérios por ela estabelecidos e apresenta uma lista não exaustiva de normas de *jus cogens* decorrentes de sua própria *opinio juris* no decorrer dos anos.

A duas, porque, após a apresentação detalhada do conjunto de critérios para determinar a emergência ou o reconhecimento de uma norma peremptória de direito internacional geral, defende que a parte final da conceituação de *jus cogens*, disposta no art. 53 da VCLT – “aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo” – deve ser interpretada como “opinião expressa de todos os Estados de que aquela específica norma é conceituada como *jus cogens*”. Ora, é praticamente impossível cumprir esse requisito em uma comunidade internacional, composta por praticamente 200 países, mesmo com a observação de que o termo ‘como um todo’, instituído pelo art. 53 da VCLT, não significa, necessariamente, a integralidade de nações. Ao exigir o implemento desse requisito, a Corte está basicamente condenando o *jus cogens* à inexistência formal.

Ora, o *jus cogens* deve ser um conceito comum entre as principais culturas jurídicas, mesmo que heterogêneas. Esse é, senão, o próprio fundamento do *jus cogens*. Nesse contexto, o princípio do *pacta sunt servanda* para determinação do *jus cogens*, conforme prega a ILC, deve ser cautelosamente considerado. Deve-se ter em mente que o *pacta sunt servanda* é especialmente positivista, frequentemente considerado apenas um acordo que não tem relação

⁴²¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission 2001*. v. II, Part Two. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session. New York: United Nations, 2007, §§ 74–77.

com seu conteúdo. Por outro lado, o *jus cogens* assume caráter de direito natural, ou seja, não necessita ser comprovado pelo consentimento.

Para Martii Koskeniemi, por exemplo, certas normas não escritas teriam tamanha importância que deveriam ser juridicamente aceitas com base na intuição, em lugar de exigirem a observância de um método científico rigoroso. Em outras palavras, se uma metodologia excessivamente complexa – como a da nomogênese do costume internacional – fosse aplicada a esses casos, haveria o risco de que algumas regras vitais acabassem sendo ignoradas.⁴²²

Ainda nesse tópico, cumpre destacar que a comunidade internacional não é homogênea, ou seja, o consenso é praticamente impossível – e, diga-se de passagem, não se trata apenas de uma observação contemporânea. Desde os *travaux préparatoires* da Convenção de Viena, há a preocupação de estabelecer critérios para a identificação do *jus cogens*, o qual, por sua natureza, está acima de percepções político-ideológicas e interpretações subjetivas. Danilenko resume as circunstâncias dos primórdios dessas discussões:

Muitos sentiram que, em uma sociedade internacional heterogênea, composta por Estados-nação com diferentes interesses e sistemas sociais, seria extremamente difícil obter um consenso genuíno sobre o conteúdo e a classificação dos valores e interesses da comunidade. Havia o perigo de que os “interesses fundamentais da comunidade internacional” fossem interpretados subjetivamente. Se não fossem feitos esforços para estabelecer critérios objetivos para a identificação de normas que refletissem esses interesses fundamentais, então diferentes grupos de Estados dificilmente seriam capazes de concordar sobre o que constitui o *corpus* de normas de *jus cogens*.⁴²³

A propósito, Egon Schwelb afirma que a ILC, desde que fora comissionada para a preparação de artigos da Convenção de Viena, intencionalmente deixou de identificar normas que poderiam ser consideradas como *jus cogens*, devido a duas razões: A uma, porque, supostamente, a simples menção de que um caso seria *jus cogens* poderia levar a uma má interpretação em relação a outros casos. A duas, porque a simples tentativa de elaborar, mesmo que de forma seletiva, uma lista de normas de *jus cogens* poderia levar a Comissão a

⁴²² KOSKENIEMI, Martti. The pull of mainstream. *Michigan Law Review*, [S. l.], v. 88, p. 1946-1962, 1990.

⁴²³ “Many felt that in a heterogeneous international society consisting of nation-states with different interests and social systems it would be extremely difficult to obtain a genuine consensus of the content and ranking of community values and interests. There was a danger that the ‘fundamental interests of the international community’ would be interpreted subjectively. If no efforts were made to set up objective criteria for identification of norms reflecting these fundamental interests, then different groups of states would hardly be able to agree on what constitutes the corpus of norms of *jus cogens*.” DANILENKO, 1991, p. 46.

um estudo prolongado de questões que estavam fora do escopo do projeto de artigos da Convenção.⁴²⁴

Assim, estabelecer que o *jus cogens* apenas pode ser reconhecido de forma expressa pelos Estados como um todo, por meio de uma afirmação literal deste jaez: ‘esta é uma norma peremptória de direito internacional geral’, conforme conclui o Relatório, além de uma hipótese fantasiosa, sabota as próprias bases sobre as quais se funda o *jus cogens*, especialmente quanto à proteção de valores inerentes à comunidade internacional e aos seus indivíduos.

Por fim, repetindo o conhecido temor da ICJ em se posicionar firmemente sobre o *jus cogens*, intencionalmente abstendo-se de expressar sua opinião sobre o tema, tem-se a impressão de que a ILC poderia ter feito mais em prol do direito internacional, pois imagina-se que este tópico (*jus cogens*) não será, tão cedo, objeto de estudo pela Comissão (estudos anteriores datados de 1993, *paper* do membro da ILC Andreas Jacovides ao Grupo de Planejamento da ILC, indicando o *jus cogens* como um possível tópico para a ILC naquela sessão e, antes disso, a própria Convenção de Viena de 1969).⁴²⁵ Assim, a ausência de uma opinião sobre a real abrangência do *jus cogens* e sobre quais normas, conceitos, costumes e princípios teriam potencial de serem definidos como normas peremptórias de direito internacional geral, representada pela postura evasiva de compilar normas já manifestadas no passado pela Comissão como sendo *jus cogens*, pode ser considerada um retrocesso.

Obviamente que não se trata de simples tarefa. E não se está aqui tentando minimizar o trabalho da ILC. A dificuldade em se definir *jus cogens* é inerente ao próprio conceito, desde sua formulação no âmbito da própria ILC. Mr. Milan Bartos, vice-presidente da 16ª Sessão da ILC (1964) comentou que o Comitê de Projeto de Artigos da Convenção de Viena “[...] foi obrigado a evitar fornecer uma definição de *jus cogens* porque dois terços da Comissão haviam se oposto a cada fórmula proposta”.⁴²⁶

Nem todo o esforço está perdido, no entanto. O manual de instruções para estabelecimento de critérios de identificação e reconhecimento das normas peremptórias de direito internacional geral, embora incompleto, poderá vir a ser uma boa ferramenta para o

⁴²⁴ SCHWELB, Egon. Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission. **The American Journal of International Law**, [S. l.], v. 61, n. 4, p. 946-975, 1967, p. 963.

⁴²⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission 1993**. v. II, Part One. Documents of the forty-fifth session. New York: United Nations, 2000, p. 213.

⁴²⁶ “The Drafting Committee had been compelled to refrain from giving any definition of *jus cogens* whatever, because two-thirds of the Commission had been opposed to each formula proposed”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission**. New York: ONU, 1963. v. 1, p. 210, § 70.

desenvolvimento do conceito – quiçá de uma lista mais real e abrangente destas normas nas próximas décadas.

Nesse sentido, observa-se que as normas com caráter de *jus cogens* – imperativas de direito internacional geral – vêm sendo construídas há alguns séculos, porém com maior ênfase a partir do desenvolvimento da complexa interconexão da sociedade internacional nas últimas décadas. Percebe-se, ademais, que a interdependência dos Estados no gerenciamento dos aspectos econômico, comercial, bélico e de proteção da vida humana, no ambiente frequentemente antagônico das relações internacionais, encontra no *jus cogens* um farol que orienta percepções e busca resolver profundas antinomias que são características da sociedade internacional.

Por mais que se compreenda a soberania dos Estados como o poder individual de estabelecer seus próprios desígnios é o *jus cogens* o fator inderrogável nas relações da comunidade internacional, delimitando direitos e obrigações que devem ser respeitados por esta comunidade em quaisquer circunstâncias.

A emergência e consagração do *jus cogens* no direito Internacional contemporâneo vieram para atender à necessidade de um mínimo de verticalização do ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, as normas peremptórias foram definitivamente incorporadas ao universo positivo do direito internacional contemporâneo a partir da inclusão entre as bases de nulidade e extinção de tratados, dispostas nos arts. 53 e 64 da Convenção Internacional de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Partindo-se da teoria do direito internacional, foram analisados os aspectos jusnaturalista e juspositivista na concepção do *jus cogens*, enfatizando-se a implicação do elemento de moralidade na construção do conceito, o que sugere determiná-lo como consagrada norma de matriz no direito natural – em detrimento de opiniões que o reconhecem apenas a partir da inclusão na Convenção de Viena.

No decorrer do capítulo, foram tecidas considerações sobre a gênese, aplicação e identificação das normas com status de *jus cogens* no direito internacional geral, identificando-se sua função, de grande relevância na ordem jurídica internacional, pois serve de amálgama entre os denominados regimes autossuficientes e o próprio direito internacional geral – o qual sofre processo de expansão em sistemas cada vez mais especializados.

Sob a teoria da humanização do direito internacional, verificou-se a *raison d'être* do *jus cogens* como expressão da ética e proteção dos valores sobre os quais se fundamenta a comunidade de Estados. Partindo-se desse pressuposto, foram estabelecidos critérios teóricos e apresentados indícios, a partir dos *cases*, dos votos dissidentes e das opiniões consultivas da

ICJ, de que a autodeterminação dos povos, os direitos humanos e o direito ao ambiente, por representarem valores fundamentais à humanidade, podem não apenas ser considerados normas peremptórias de direito internacional mas também representantes do objeto do novo *jus gentium*. Assim, enfatizou-se a democratização do direito internacional – aqui entendido como o resgate dos valores mais íntimos do indivíduo como parte da comunidade internacional –, essencial para a preservação da cultura, da proteção da identidade e do direito de escolha do futuro que deve ser assegurado a todos os povos.

Por fim, foram apresentadas as conclusões do Relatório *Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (jus cogens)*, da 71ª Sessão da *International Law Commission*, destacando-se as principais críticas ao documento. A crítica mais robusta ao documento é a impossibilidade de identificação de normas peremptórias de direito internacional a partir do cumprimento do requisito imposto pela ILC – reconhecimento total e expresso dessas normas pela comunidade internacional como um todo –, o que definitivamente significa o aniquilamento desse tipo de norma. Insta salientar que a crítica apresentada não é meramente iconoclasta, sendo necessário reconhecer os melhores interesses da ILC, com vistas a desvendar os segredos do *jus cogens*.

No capítulo seguinte, será analisada, especificamente, a soberania permanente sobre os recursos naturais, desde sua gênese na Unga, até seu desenvolvimento como conceito na própria Organização, em tratados internacionais e *case law*. Visando atingir esses fins, serão abordados elementos que indiquem a essencialidade do exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais como elemento vital de autodeterminação, proteção ambiental e reserva de direitos transgeracionais – pavimentando sua conceituação como *jus cogens*.

3 DELINEAMENTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS A RESPEITO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS (PSNR)

A emergência das preocupações ambientais em âmbito internacional, relativamente à exploração natural e seus reflexos transfronteiriços, obedeceu a um processo gradual de engajamento, liderado por nações historicamente subjugadas pelo domínio colonialista, cujos recursos naturais foram historicamente apropriados por colonizadores.

O exercício de soberania por Estados latino-americanos em relação às suas próprias riquezas naturais encontrou resistência por parte dos países desenvolvidos, sob o argumento de que uma política na contramão dos interesses de investidores estrangeiros e a interferência em seus ativos aumentariam os riscos para os agentes de mercado e causariam a perda de investimentos ou mesmo a evasão daqueles já estabelecidos.

Nesse cenário, o sucesso da proposta de exercício de soberania pelos países detentores de abundantes recursos naturais sobre suas próprias riquezas dependeria da operacionalização de uma coalizão entre interesses estatais e garantias de compensação econômica, em caso de efetiva interferência nos ativos estrangeiros sob o império do direito internacional.⁴²⁷ Por essa razão, permanecia a necessidade de delimitação das circunstâncias para o exercício da prerrogativa dos Estados de serem soberanos sobre seus próprios recursos e riquezas naturais, objetivando promover a sustentabilidade, o bem-estar e a garantia de direitos intergeracionais, em compasso com relações bilaterais e a interdependência com as demais nações.

Diante desse retrospecto, a UN estabeleceu-se naturalmente como instância centralizadora das discussões sobre a PSNR. Conforme se verá no presente capítulo, os primeiros passos em busca da convergência foram tomados justamente com a demonstração de divergência nos posicionamentos de seus membros. Ora, era evidente que, em um mundo polarizado e dividido entre países desenvolvidos e não desenvolvidos, as condições de negociação sempre foram mais propícias aos primeiros, muitas vezes constringendo determinados países a optarem por ações políticas e econômicas desiguais, em virtude da diferença para com os países negociantes em termos de desenvolvimento. Não obstante, foi no contexto das Nações Unidas que a soberania permanente sobre os recursos naturais recebeu caráter substantivo, tendo sido objeto de sucessivas Resoluções aprovadas pela Unga e expressado a vicissitude metodológica do conceito – tanto no que diz respeito ao dever de

⁴²⁷ Cf.: ZEFERINO, Alisson Guilherme. **Expropriação indireta e reserva de espaço regulatório na América Latina: parâmetros de apreciação utilizados pelo International Centre for Settlement of Investment Disputes nas arbitragens investidor-Estado**. 2020. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

proteção interna dos recursos naturais quanto no que tange às expectativas dos agentes estrangeiros interessados em sua exploração.

Com efeito, torna-se essencial a identificação de direitos e obrigações inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais. Os direitos parecem muito óbvios, eis que, ao exercer a soberania sobre algo, supõe-se o poder total e irrestrito, proporcionando amplo gerenciamento e controle dessa atividade. Entretanto, para cada direito há uma obrigação inerente, um dever contraído perante a comunidade internacional e perante o próprio povo que vive de tais recursos.

Preliminarmente, verifica-se que, ao se tratar do conceito de soberania, a tendência é presumir que o exercício do poder sobre seus próprios recursos naturais sugere a possibilidade de exauri-los sem dar maiores explicações a quem quer que seja – e muito menos à comunidade internacional. Longe disso, conforme se verá, ao exercer a soberania sobre os recursos naturais, desencadeia-se uma série de obrigações – inerentes ao próprio conceito –, tendo como expressão máxima o dever da sustentabilidade, em prol de si e em prol do mundo.

Nesse diapasão, o objetivo do presente capítulo é verificar a gênese do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, identificando o *zeitgeist* em que fora concebido, bem como sua evolução no decorrer das décadas. Portanto, a pesquisa encontra-se compartimentada de forma a, inicialmente, verificar a evolução histórica da soberania permanente sobre os recursos naturais no âmbito das Nações Unidas, enquanto base de Resoluções acordadas pelos membros da Assembleia Geral, e, posteriormente, como uma expressiva e já sedimentada norma de direito internacional.

Aspectos analíticos da progressão e do desenvolvimento do conceito serão também evidenciados a partir da inserção da soberania permanente sobre os recursos naturais em temas como: direitos humanos, direitos indígenas, investimentos estrangeiros, autodeterminação dos povos, bem como em temas de grande relevância histórica, como o exercício da PSNR nas terras ocupadas pela Palestina e outros povos árabes.

No final do capítulo, serão analisados diversos *cases law*, como as decisões da ICJ, as arbitragens e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o intuito de verificar a relevância e a aplicação, na prática, da soberania permanente sobre os recursos naturais e a formação de uma sólida *opinio juris* sobre este conceito, colhendo-se indícios e lançando-se as bases para a compreensão de seu *status* hierárquico no direito internacional geral.

3.1 DEFINIÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

A soberania – enquanto conceito que espraia efeitos nas esferas jurídica e política das organizações sociais –, data do período medieval, mas, no curso da história, passou por um longo processo de formação semântica, tendo sido aplicada com diferentes funções e por propósitos variados.

Nessa senda, como defende Magalhães, o conceito de soberania remete à fundação, isto é, fornece uma explicação para a origem do poder da política e do direito. No direito moderno, houve a apropriação, por parte do Estado, da capacidade de legislar (direito, sobretudo positivado), como uma qualidade restrita dessa figura, que se justificava por emanar soberanamente sua vontade e ter meios de fazê-la prevalecer. Assim, “[...] a soberania não é a realidade do poder ou do direito, mas é uma forma de descrição do poder e do direito praticados pelo Estado moderno”.⁴²⁸

Com a transformação da hierarquia das instituições e do poder na passagem do período medieval para a modernidade, o poder soberano teológico foi secularizado, pois a capacidade de produzir o direito foi identificada na figura estatal, e a soberania se tornou semanticamente atributo essencial do Estado, passando a significar “[...] o fundamento da unidade da moderna política – o Estado – e, também, a unidade do sistema jurídico”.⁴²⁹

A perspectiva relevante do pensamento de Magalhães consiste na exploração do paradoxo que representa a soberania. Sob esse viés, segundo a autora, a conclusão do processo de secularização da soberania produz a definitiva submissão do poder ao Direito, uma vez que a soberania, a partir do Estado moderno, não é outra coisa senão modalidade de autolimitação do poder fundado no Direito, sendo certo que “[...] a soberania do Estado moderno será representada como qualidade de um poder absoluto e arbitrário para servir de fundamento ao sistema político de um Estado que não será nem arbitrário, nem absoluto, nem exclusivo”.⁴³⁰ É nesse sentido que a soberania impõe limites às esferas jurídica e política, antes de dar permissibilidade ao emprego de poder ilimitado, um esclarecimento a partir do qual se passa à exposição dos contornos e desafios contemporâneos relativos ao objeto de estudo.

⁴²⁸ MAGALHÃES, 2016, p. 23.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 82.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 211.

O processo de descolonização dos países compreendidos como pertencentes ao Terceiro Mundo após a II Guerra Mundial fez surgir na UN relevantes mecanismos para que os países não desenvolvidos, recém-descolonizados, também tivessem oportunidades em um mundo de tendências multilaterais e visivelmente polarizado entre dominantes e dominados. A intenção era estabelecer condições para que cada nação pudesse perseguir e conquistar sua autodeterminação econômica. É nesse ambiente de expressivas reformulações das relações exteriores – diplomáticas e econômicas – que a soberania permanente sobre os recursos naturais encontrou guarida e ressonância na Unga.

A PSNR, entretanto, teve suas bases lançadas com a edição da Resolução nº 523 (VI), em janeiro de 1952.⁴³¹ O histórico das discussões da *soberania permanente* demonstra a evolução de um conceito, primeiramente interpretado como um pleito político dos países subdesenvolvidos,⁴³² porém, com o avançar das discussões e a partir do próprio desenvolvimento do conceito, foi reconhecido como um princípio de direito internacional.⁴³³

Em seus primórdios, a Resolução nº 523/1952 externaria a tendência da comunidade internacional pós-guerra em garantir aos países subdesenvolvidos o direito de dispor livremente de suas riquezas naturais e fazer com que a utilização desses recursos fosse direcionada ao desenvolvimento da nação e em proveito do seu povo. E essa foi justamente a matriz da PSNR, que veio a adquirir aspectos ainda mais abrangentes no decorrer dos anos, partindo da soberania estatal, passando por elementos de autodeterminação e responsabilidade social até alcançar, finalmente, aspectos de sustentabilidade.

A soberania permanente sobre os recursos naturais foi o reflexo de uma necessária reconstrução do mundo pós-guerra, que objetivava criar condições para o desenvolvimento da economia e dos direitos humanos nos países subdesenvolvidos, cujas riquezas naturais estavam sendo exploradas por indivíduos ou pessoas jurídicas (multinacionais, em sua

⁴³¹ “[...] os países subdesenvolvidos têm o direito de determinar livremente o uso de seus recursos naturais, os quais devem ser utilizados como recursos para alcança-se uma melhor posição de modo a promover a realização dos seus planos de desenvolvimento econômico de acordo com o interesse nacional e promover a expansão da economia mundial”. UNITED NATIONS. Resolution 523 (VI) Integrated economic development and commercial agreements. A/RES/523(VI). Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th session, 6 November 1951-5 February 1952. Adopted at the 360th plenary meeting, 12 Jan. 1952. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th session, 6 November 1951-5 February 1952.** A/2119. New York: UN, 1952a. p. 20. Disponível em: <https://bit.ly/3R07EsL>. Acesso em: 2 abr. 2022., p. 20.

⁴³² A primeira apresentação das razões da soberania permanente foi introduzida pelo Uruguai diante da VII Sessão da Assembleia Geral da UN (1952), com a proposta de que as Nações Unidas deveriam recomendar aos Estados a observância ao direito de cada país de nacionalizar e livremente dispor de seus recursos naturais. RAJAN, M. S. **Sovereignty over Natural Resources.** New Delhi: Radiant, 1978, p. 2-3.

⁴³³ SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over Natural Resources: balancing rights and duties.** Edimburgh: Cambridge, 2008b, p. 33.

maioria) de terceiros países.⁴³⁴ Nesse ponto, assumiu importante destaque nas questões concernentes ao princípio da autodeterminação dos povos, afetando as relações entre os países em processo de descolonização e seus colonizadores.⁴³⁵ Essa conexão entre autodeterminação e prática de direitos humanos e socioeconômicos era um reflexo do processo de codificação dos próprios direitos humanos, que estavam sendo amplamente discutidos nas décadas de 1950 e 1960.⁴³⁶

Entretanto, a inserção (ou o processo de construção) do princípio como um contundente referencial pragmático na Unga não pode ser considerada propriamente pacífica, pois enfrentou a resistência de alguns países, especialmente os colonizadores.⁴³⁷ Inicialmente, o debate sobre a soberania permanente foi liderado pelos países latino-americanos, seguidos pela adesão dos países socialistas do leste europeu, que, por sua vez, sofreram resistência capitalista, em virtude da Guerra Fria. Após a entrada dos países asiáticos e africanos recém-independentes, tornou-se um litígio conceitual entre os países do Norte e do Sul.⁴³⁸ Nesse sentido, observa Joana Stelzer:

O capitalismo que chega ao início do Século XX foi importante e decisivo para muitos Estados, inclusive para muitos grupos que se beneficiaram daquele movimento. Entretanto, não foi salutar para todos e foi péssimo para largas camadas da população. Na época, havia uma compreensão disseminada principalmente pelos Estados que se favoreceram com a estrutura econômica internacional, que o mercado e a economia seriam poderosos fatores de fomento para a prosperidade e talvez tivessem condições, até mesmo, em estabilizar a política, permitindo a paz. O desencadeamento dos fatos que estavam por vir desmentiriam essa crença.⁴³⁹

A verdade é que havia uma polarização entre os países desenvolvidos e os não desenvolvidos, pois, obviamente, seus interesses não eram absolutamente comuns. Sobre a diferença de aspirações no diálogo Norte-Sul, por exemplo, Antonio Augusto Cançado Trindade comenta que, durante a realização da XI Sessão Extraordinária da Assembleia Geral

⁴³⁴ Até o início de 1950, a indústria petrolífera era dominada por grandes companhias multinacionais. Ao concluir os acordos de concessão com os países, essas companhias adquiriam direitos de exploração que perduravam pelos anos ou décadas seguintes. Porém, com o término da II Guerra Mundial, os países recém-descolonizados ainda mantinham esses contratos de concessão para exploração de suas riquezas, o que é um significativo contraste entre desenvolvimento econômico e soberania sobre os recursos naturais próprios. KUOKKANEN, Tuomas. **International Law and the Environment: variations on a theme**. Kluwer Law International: The Hague, 2002, p. 194.

⁴³⁵ HYDE, James N. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **American Journal of International Law**, New York, v. 50, p. 854-867, 1956, p. 885.

⁴³⁶ SCHRIJVER, 2008b, p. 311.

⁴³⁷ Cf.: GESS, Karol N. Permanent sovereignty over natural resources: an analytical review of the United Nations Declaration and its genesis. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 13, p. 398-449, 1964.

⁴³⁸ SCHIRJVER, *op. cit.*, p. 33.

⁴³⁹ STELZER, Joana. **Direito do comércio internacional: do Free Trade ao Fair Trade**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 29.

da UN (1980), a qual se ocupava de discutir bases para ‘negociações globais’, não havia um consenso geral sobre como deveria ser erigida a nova ordem econômica internacional. Era um momento de grande turbulência mundial, de recessão econômica, protecionismo e desestabilidade das condições econômicas, inclusive para os países do Norte, o que definitivamente não criava um clima favorável para o sucesso do diálogo Norte-Sul. Observa o autor:

Tornou-se claro que, naquele estágio, o Programa de uma Nova Ordem Econômica Internacional era inaceitável aos países industrializados do Norte; era considerável a brecha entre as aspirações dos países pobres e a predisposição de aceitar mudanças dos países ricos, o que se tornava lamentável se se considerasse que enquanto os países desenvolvidos com 20% da população mundial desfrutavam de aproximadamente 2/3 do total da renda mundial, os países em desenvolvimento com quase 50% da população mundial (excluindo a China) recebiam apenas 11% da renda mundial. E os países socialistas (Grupo D) mantinham sua posição tradicionalmente absenteísta e nada construtiva de se desvincularem do processo de negociações globais: ainda que simpatizassem com os países em desenvolvimento, negavam sua responsabilidade pelos problemas defrontando os países em desenvolvimento.⁴⁴⁰

Eventualmente, com o passar dos anos, as proposições passaram a evoluir, o que se deveu principalmente à criação da Comissão Permanente das Nações Unidas acerca a Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais, que funcionou entre 1958 e 1961. A criação dessa Comissão foi uma recomendação da Comissão de Direitos Humanos da UN, e suas atribuições principais foram no sentido de conduzir um estudo sobre a importância da soberania permanente e sua intrínseca ligação com a autodeterminação dos povos.⁴⁴¹

Era claro que uma das principais preocupações dos então países do Primeiro Mundo baseava-se na ideia de que o eventual estabelecimento da Comissão iria desencorajar o fluxo de capital privado estrangeiro, limitando o acesso das empresas estrangeiras aos recursos naturais historicamente explorados, como minérios, petróleo e madeira.⁴⁴² A maior inquietude residia no fato de que disso poderia advir um fenômeno contrário àquele pretendido pela UN, ou seja, a interpretação por parte de investidores estrangeiros de que o investimento em países subdesenvolvidos era um negócio de alto risco.⁴⁴³

⁴⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **R. Inf. legisl.**, Brasília, ano 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984, p. 221.

⁴⁴¹ Recomendada em 1954, a Comissão sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais levou cerca de quatro anos para ser criada. Manifestações em contrário foram apresentadas pelas nações ocidentais, as quais julgavam improcedentes as tentativas de controle dos recursos naturais fundadas no princípio da autodeterminação dos povos.

⁴⁴² O efeito benéfico do fluxo de capital privado internacional foi objeto da Resolução Unga nº 824/1993 (IX).

⁴⁴³ HYDE, 1956, p. 854.

No ano de 1958, a Comissão foi finalmente criada na Unga,⁴⁴⁴ mesmo com a opinião contrária de boa parte dos países desenvolvidos, que insistiam na versão de que medidas visando à superproteção dos recursos naturais de países em desenvolvimento levaria fatalmente a uma fuga de investidores – inseguros quantos às políticas nacionais de nacionalização de empresas e expropriação de instalações. O que se viu, no entanto, foi uma votação na Unga em que a ampla maioria (52 a 15, com 4 abstenções) votou a favor da constituição da Comissão da Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais, formalizada pela Resolução Unga nº 1.314/1958 (XIII).

Embora as questões concernentes à autodeterminação e à soberania sobre os recursos naturais em detrimento da insegurança dos investidores estrangeiros levantadas no decorrer do processo pelos países ocidentais, a Resolução nº 1.803/1962 veio a confirmar positivamente quatro princípios de direito internacional aplicáveis ao objeto:⁴⁴⁵

- (i) Que a compensação deveria ser paga no evento de uma “tomada legal” de direitos e propriedades;
- (ii) Que tal compensação deveria ser paga de acordo com o direito internacional, isto é, conforme os padrões internacionais;
- (iii) Que os acordos de investimento entre Estados e particulares teriam efeito compulsório;
- (iv) Que os acordos de arbitragem entre os Estados e particulares teriam efeito compulsório.

É interessante notar que, embora a garantia do direito internacional quanto à compensação em caso de expropriação por interesse nacional, a crítica residia no fato de que, originalmente, a *soberania permanente sobre os recursos naturais* tinha como escopo o controle do investimento estrangeiro privado. Desde os primórdios da construção do princípio, uma série de órgãos das Nações Unidas deu excessiva atenção às formulações relativas à natureza do poder estatal de expropriar ou não empresas estrangeiras, porém pouca atenção às obrigações dos Estados em respeitar as disposições incluídas nos tratados, bem como os “[...] direitos contratuais e de propriedade, que seriam definitivamente afetados com o exercício da soberania permanente”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ A nova Comissão foi composta por nove membros, escolhidos pelo presidente da Unga, respeitadas as regiões geográficas (Afeganistão, Chile, Guatemala, Holanda, Filipinas, Suécia, União Soviética, República Árabe Unida [Egito e Síria] e Estados Unidos).

⁴⁴⁵ GESS, 1964, p. 448.

⁴⁴⁶ HYDE, 1956, p. 855.

Fato é que o princípio adquiriu uma linha de ação completamente distinta da questão alusiva aos investimentos. Desde a precursora Resolução nº 523/1952, outras Resoluções versando sobre a evolução do princípio⁴⁴⁷ foram sistematicamente incluídas nas pautas das votações da Unga e, uma vez adotadas, levaram à construção da PSNR. Dentre todas, porém, a Resolução 1.803/1962 (XVII) é considerada a mais significativa,⁴⁴⁸ pelo fato de ter incluído em seu texto final que o “[...] direito dos povos e das nações à *soberania permanente* sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do *desenvolvimento nacional e bem-estar do povo* do respectivo Estado”⁴⁴⁹ (grifo nosso).

O processo de aprovação da Resolução foi um retrato do que se havia observado na última década em relação ao tema. A fórmula para se chegar a uma eventual aprovação envolveu a tentativa de coalizão entre o reconhecimento do direito à soberania permanente dos países em desenvolvimento, a garantia, calcada no direito internacional, aos potenciais investidores e uma justa compensação em caso de nacionalização de empresas de capital estrangeiro.

No âmbito das discussões para a aprovação da Resolução Unga nº 1.803/1952, os Estados Unidos propuseram que as palavras ‘imediate’, ‘adequada’ e ‘efetiva’ deveriam ser inseridas antes da palavra ‘compensação’. Ao introduzir a emenda, o embaixador americano Philip Morris Klutznick demonstrou a insatisfação dos países desenvolvidos (por ele representados), argumentando que a emenda foi designada para “tornar explícito o que já era implícito.”⁴⁵⁰ Tal proposição foi criticada pelo representante húngaro, que, por sua vez apresentou um posicionamento divergente, conforme fica evidenciado em sua fala perante a Comissão:

Qualquer decisão relativa a quando e qual compensação deva ser paga seria um assunto essencialmente interno do Estado – o único juiz no assunto –, e que não poderia admitir qualquer interferência externa no exercício de sua soberania. A base

⁴⁴⁷ Resolução da Assembleia Geral 626 (VII): Direito de Explorar Livrementemente as Riquezas Naturais e os Recursos; Resolução AG 837 (IX): Recomendações Concernentes ao Respeito Internacional ao Direito das Pessoas e Nações à Autodeterminação; Resolução AG 1314 (XIII): Recomendações Concernentes ao Respeito Internacional ao Direito das Pessoas e Nações à Autodeterminação; Resolução AG 1720 (XVI): Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais; e Resolução AG 1803 (XVII): Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais.

⁴⁴⁸ PERREZ, Franz Xaver. The relationship between “permanent sovereignty” and the obligation not to cause transboundary environmental damage. **Environmental Law**, Portland, v. 26, n. 4, p. 1188-1212, 1996, p. 1191.

⁴⁴⁹ UNITED NATIONS. Resolution 1803 (XVII). Permanent sovereignty over natural resources. General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, A/RES/1803(XVII). In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Second Committee**. New York: UN, 1962. p. 15-16, p. 15.

⁴⁵⁰ UNITED NATIONS. **Official Records**. General Assembly, 17th Session, Official Records, 2nd Committee, 835th Meeting, New York, Monday, 12 nov. 1962. New York: UN, 1963a, p. 234, §10.

de qualquer direito de indenização não seria uma regra de direito internacional, mas a legislação do Estado interessado.⁴⁵¹

No curso da elaboração da Resolução Unga nº 1803/1962, buscou-se aproximar as opiniões divergentes. A modificação *a posteriori* do texto originalmente proposto obteve, enfim, o apoio de um grande número de Estados para sua aprovação. O texto final trouxe em seu parágrafo 4º a seguinte orientação:

A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos, será pago ao proprietário a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas no exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do Estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional.⁴⁵²

Portanto, o parágrafo 4º demonstra a forma de elaboração da Resolução no aspecto estritamente concernente às questões de expropriação e sua compensação.⁴⁵³ Entretanto, como o parágrafo ainda manteve em seu texto final a referência ao direito internacional, houve dúvidas de se a Resolução efetivamente modificava o próprio direito internacional. De qualquer forma, a adoção da Resolução foi o primeiro passo “[...] em direção ao reconhecimento da soberania de novos Estados independentes sobre seus recursos naturais, criando uma atmosfera legal não baseada em um passado colonial e imperial”.⁴⁵⁴

O período subsequente à aprovação da Resolução Unga nº 1.803/1962 foi de adaptação a uma nova realidade, na qual claramente se verificava a implementação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais pelos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. A redistribuição da riqueza (e de poder), há tanto perseguida por estes países, elevou-os a uma situação de igualdade de condições e, mais do que isso, trouxe certa esperança de que um dia haveriam de alcançar padrões de desenvolvimento.

Porém a década seguinte trouxe alguns importantes desdobramentos, e a discussão relativa à abrangência do princípio tomou novas direções. Questões como a jurisdição dos

⁴⁵¹ UNITED NATIONS. Official Records. General Assembly, 17th Session, Official Records. 2nd Committee, 846th Meeting, New York, Tuesday, 20 nov. 1962. *In*: UNITED NATIONS. **United Nations General Assembly Seventeenth Session Official Records**. New York: Unga, 1963b, p. 297, §2.

⁴⁵² *Id.*, 1962, p. 15.

⁴⁵³ Note-se que a proposição americana de “imediate, adequada e efetiva” compensação foi substituída por “apropriada” compensação.

⁴⁵⁴ KUOKKANEN, 2002, p. 199. No ponto, o autor tem por base FALK, Richard A. **The new states and international legal order**, 118, RCADI (1966-II) p. 7-103, p. 95.

Estados costeiros sobre águas adjacentes,⁴⁵⁵ por exemplo, passaram a fazer parte dos desdobramentos do princípio, tanto em países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento, deixando amplamente clara a tentativa de nacionalização de vários setores da economia destes últimos. Acrescentaram-se a essa nova etapa algumas questões absolutamente sensíveis, como a erupção da crise do Petróleo⁴⁵⁶ e a Declaração e Programa de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem econômica Mundial das Nações Unidas (1974). Esse era o panorama em que se encontrava a comunidade internacional por ocasião das tentativas de promover o desenvolvimento por meio do exercício da soberania permanente.⁴⁵⁷

Coincidentemente, foi na década de 1960 que os países subdesenvolvidos iniciaram uma pesada crítica aos princípios de comércio internacional, tais como o da reciprocidade, não discriminação e livre comércio, a qual acabou por ser estendida a algumas instituições internacionais – em especial as de Bretton Woods⁴⁵⁸ –, como o FMI, Banco Mundial e o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).⁴⁵⁹ Os países subdesenvolvidos reclamavam que não havia compreensão, por parte dos países industrializados, de que o atual estágio de integração internacional não respeitava as circunstâncias dos países subdesenvolvidos, mas sim favorecia apenas o ocidente e as corporações transnacionais.⁴⁶⁰

A realização da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD) (1964) demonstra que havia uma necessidade de mudanças de abordagem no momento econômico mundial. Essa era justamente a oportunidade para serem revistos os conceitos até então vigentes – mesmo os emergentes, como a soberania permanente –, em uma clara tentativa de aproximação entre os dois grupos de países existentes à época: os desenvolvidos e os subdesenvolvidos.

⁴⁵⁵ Principal acordo correlato: Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III).

⁴⁵⁶ Foi iniciada após a nacionalização do Canal de Suez pelo presidente egípcio Gamal Nasser, e sua segunda fase despontou anos depois, pelo protesto do mundo árabe contra o apoio dos Estados Unidos a Israel durante a Guerra do Yom Kippur.

⁴⁵⁷ “Esse desenvolvimento ocorria paralelamente ao agravamento da chamada ‘crise mundial da energia’: a busca, no seio da UN, das diretrizes conducentes a uma nova ordem econômica internacional tinha por objetivo o estabelecimento de normas básicas de regulamentação das relações econômicas internacionais em vista dos problemas das matérias-primas e do desenvolvimento, precipitado em parte pelo aumento do preço do petróleo e produtos derivados.” CANÇADO TRINDADE, 1984, p. 214.

⁴⁵⁸ Importante conferência internacional realizada nos Estados Unidos, em 1947, que estabeleceu o novo sistema monetário internacional e resultou em acordos multilaterais para redução de tarifas sobre determinados produtos.

⁴⁵⁹ Acordo sobre tarifas precursor da WTO e hoje parte integrante da Organização.

⁴⁶⁰ KUOKKANNEN, 2002, p. 200.

Assim, em 1966, foi aprovado e publicado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Resolução Unga nº 2.200/1966 (XXI) –, o qual consagrava, em seu artigo 1º, a liberdade dos povos em dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio de proveito mútuo e no direito internacional.⁴⁶¹

Na década seguinte, a sessão especial da Unga de 1974 estudou a fundo o desequilíbrio econômico, principalmente após o período de descolonização, e editou a Declaração sobre a Nova Ordem Econômica Internacional. A premissa desse documento se fundava no proveito dos recursos ambientais em prol do desenvolvimento das próprias nações subdesenvolvidas, e sua versão final asseverou que “[...] a soberania permanente é o princípio basilar da nova ordem econômica mundial”.⁴⁶² A teor do exposto, veja-se o artigo 4, alínea ‘e’, da Declaração sobre Estabelecimento de Nova Ordem Mundial:

(e) soberania permanente total de cada Estado sobre seus recursos naturais e todas as suas atividades econômicas. De modo a resguardar esses recursos, cada Estado tem o direito de exercer controle efetivo sobre eles e sua exploração com recursos apropriados a sua própria situação, incluindo o direito de nacionalizar ou transferir propriedade aos seus nacionais, esse direito sendo uma expressão da soberania permanente total do Estado. Nenhum Estado pode ser sujeito a coerção econômica, política, ou de qualquer outra para prevenir o livre e total exercício desse direito inalienável.⁴⁶³

Cançado Trindade ainda complementa sua exposição afirmando que, conscientes de suas crescentes insuficiências e vulnerabilidades, os Estados economicamente mais fracos insistem na chamada *self-reliance* coletiva, no objetivo de estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional mais equitativa. Segundo bem observa: “O novo conceito de soberania permanente é, pois, a própria negação das situações de dependência econômica, pela aplicação do princípio básico da ‘desigualdade compensadora’”.⁴⁶⁴

Com efeito, difundia-se a ideia de que a aplicação do princípio da igualdade, antagonicamente, permitia uma discriminação positiva e de que a soberania permanente sobre os recursos naturais poderia prover vantagens jurídicas especiais em favor dos países não desenvolvidos, atribuindo-lhes maiores benesses do que as concedidas aos demais.

⁴⁶¹ UN, 1966a; 1966b, p. 49

⁴⁶² PERREZ, Fraz Xavier. **Cooperative Sovereignty**: from independence in the structure of international environmental law. Den Haag: Kluwer Law International, 2000, p. 84.

⁴⁶³ UNITED NATIONS. Resolution 3201 (S-VI), Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. Resolutions adopted at the 2229th plenary meeting, 1 May 1974. A/RES/3201(S-VI) (1 Maio 1974). In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th special session**. New York: UN, 1974a. p. 3-5, p. 4.

⁴⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, 1984, p. 225.

Conforme se vê, a Declaração, eminentemente com a finalidade econômica e de desenvolvimento, foi concebida em torno do conceito de soberania permanente, que inclusive é citado de forma expressa no documento e apresentado como fonte basilar para direitos e obrigações.

É de se salientar, nesse contexto, a importância da Resolução Unga nº 2.158/1966 (XXI), a qual, mesmo antes da Declaração da Nova Ordem Econômica Internacional, já enfatizava que, para salvaguardar o exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais, era essencial que os países em desenvolvimento tomassem para si a tarefa de explorar seus recursos próprios, “[...] empregando o máximo benefício possível no interesse do desenvolvimento nacional”.⁴⁶⁵

A Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Cerds), adotada sete meses após a referida Declaração, pela Resolução Unga nº 3.281/1974 (XXIX), foi um efetivo instrumento para alinhar o novo sistema econômico mundial à interdependência dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Sem dúvida, uma interessante adição trazida pela Cerds é o direito ao exercício da soberania permanente *em relação às atividades econômicas dos Estados*, conceito até então limitado ao uso dos recursos naturais em benefício da nação, de forma genérica.

A Cerds é considerada o último degrau na elaboração do princípio da *soberania permanente sobre os recursos naturais*,⁴⁶⁶ tratando especificamente sobre o escopo original, ou seja, as discussões sobre a possibilidade de nacionalização e expropriação de investimentos estrangeiros.⁴⁶⁷ Nesse ponto específico, os países desenvolvidos e exportadores de capital ainda mantinham sua posição conflituosa quanto ao fato de o direito de expropriação e compensação ser regulado apenas pelo direito interno dos países.⁴⁶⁸ Isso significa dizer, portanto, que os países desenvolvidos se opunham à Resolução Unga nº 3.281/1974 (XXIX), embora esta fosse seguidamente ratificada na Unga pela edição de outras Resoluções posteriores.⁴⁶⁹

Nesse contexto, era possível observar que as relações bilaterais passaram a ser cada vez mais importantes para o desenvolvimento da regulação dos aspectos da soberania

⁴⁶⁵ SCHRIJVER, 2008b, p. 87.

⁴⁶⁶ PERREZ, 2000, p. 85.

⁴⁶⁷ Hyde estava convicto de que “[...] seria uma extrema simplificação afirmar que o princípio pode subsistir sozinho, sem considerar os tratados e outros acordos internacionais que qualificam o exercício desse poder”. HYDE, 1956, p. 862.

⁴⁶⁸ O porta-voz dos países desenvolvidos afirmou que havia “excessiva preocupação” por parte dos países subdesenvolvidos em relação a um fato de caráter reconhecido universalmente (a soberania interna). RAJAN, 1978, p. 143.

⁴⁶⁹ PERREZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

permanente sobre os recursos naturais.⁴⁷⁰ A tentativa de atração e captação de capital estrangeiro influenciou as nações subdesenvolvidas a tratarem as empresas internacionais e exploradoras de recursos naturais com equidade em relação às empresas nacionais, pactuando, a *contrario sensu* da Resolução Unga nº 1.803/1952, que as questões de expropriação e nacionalização deveriam ser, então, solucionadas pelo direito internacional.⁴⁷¹

Um evento de suma importância para os rumos do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais foi a criação do Comitê sobre os Recursos Naturais do Conselho Econômico e Social da UN (Economic and Social Council – Ecosoc). O Comitê tinha como principal objetivo apresentar recomendações aos países e órgãos da UN e, principalmente, auxiliá-los por meio da elaboração de políticas ambientais, com vistas a otimizar a utilização dos recursos naturais, levando cabalmente ao desenvolvimento e à sustentabilidade.

O Comitê trabalhou fundamentalmente sob a égide do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, inclusive com uma maior abrangência de seu escopo, passando também a aplicá-lo em áreas como a “[...] jurisdição dos mares, recursos marinhos, recursos em territórios sob ocupação, domínio colonial e *apartheid*”.⁴⁷²

Em 1989, o Comitê iniciou os debates sobre a relação entre o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, o desenvolvimento sustentável e o ambiente global. Embora posteriores discussões no Ecosoc sobre a restrição do objeto do Comitê a minerais não energéticos e recursos hídricos, pode-se considerar como de extrema importância a conexão havida entre a PSNR e o desenvolvimento sustentável,⁴⁷³ impulsionado pelo Ecosoc. Portanto, um elemento relativamente novo adicionado ao conceito da PSNR no decorrer dos anos é o próprio *desenvolvimento sustentável*, fundado na premissa de que a população, na sua integralidade, deve colher os benefícios decorrentes da exploração dos recursos e das riquezas naturais do seu país e de que haja um proveito nessa atividade exploratória. Em outras palavras, exercendo a soberania sobre os recursos naturais e utilizando-os em prol da população, não se estaria comprometendo os direitos reservados também às futuras gerações, sejam eles sociais (inerentes ao próprio desenvolvimento) ou ambientais.

⁴⁷⁰ PERREZ, 2000, p. 87.

⁴⁷¹ Esta inconsistência na ordem econômica mundial levou à discussão e aprovação do *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), em 1998.

⁴⁷² SCHIRJVER, 2008b, p. 116.

⁴⁷³ O Comitê relatou perante o Ecosoc que a questão da sustentabilidade na exploração dos minerais não energéticos e recursos hídricos não poderia estar separada de outras questões concernentes ao desenvolvimento sustentável. *Ibid.*, p. 118.

Nesse sentido, a importância da PSNR fica ainda mais evidente perante o conceito de desenvolvimento sustentável como um direito humano fundamental.⁴⁷⁴

Deve ter-se em mente que a exegese desse conceito no âmbito da UN emergiu das discussões da Comissão de Direitos Humanos e do Terceiro Comitê da Unga como um elemento essencial de autodeterminação. A Assembleia Geral determinou a inclusão de um dispositivo nos Pactos Universais de Direitos Humanos (Pacto Universal dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) versando sobre o direito dos povos à sua autodeterminação e, em 1954, requisitou à Comissão de Direitos Humanos que incluísse recomendações concernentes à soberania permanente sobre os recursos naturais.⁴⁷⁵ Então, na 10ª Sessão da Unga, de 1955, restou aprovado o texto final, em que consta a nova redação do Artigo. 1º, parágrafo 2º, válida para ambos os Pactos:

Artigo 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.⁴⁷⁶

Assim, a humanização do direito internacional, com o desenvolvimento de um novo *jus gentium*, voltado para a humanidade de nossos dias, supre as necessidades e atende aos anseios pela formação definitiva de uma comunidade internacional como um todo.⁴⁷⁷ Para Cançado Trindade:

O atual processo de necessária humanização do Direito Internacional é uma reação a esse estado de coisas. Tem em mente a universalidade e a unidade do gênero humano, que inspirou, há mais de quatro séculos e meio, o processo histórico de formação do *droit des gens*. Ao resgatar a visão universalista que marcou as origens da mais lúcida doutrina do Direito Internacional, o referido processo de

⁴⁷⁴ O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (*The Office of the High Commissioner for Human Rights [UN Human Rights]*) considera o meio ambiente como um dos seis temas transversais dos direitos humanos.

⁴⁷⁵ UNITED NATIONS. Resolution 837 (IX). Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination. General Assembly resolution 837 (IX) of 14 December 1954. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the report, of the Third Committee**. New York: UN, 1954a. p. 21.

⁴⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, 1984, p. 6.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 3.

humanização contribui para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais do direito.⁴⁷⁸

Nesse sentido, a Resolução Unga nº 1.803/1962 foi determinante para o avanço do conceito de PSNR na direção de um aspecto mais humanista, de um direito dos Estados para um direito humano dos povos.

Obviamente, por tratar de soberania e integridade territorial, o conceito de PSNR parece estar mais conectado à ideia de pertencimento a uma Estado. Porém a Resolução Unga nº 1.803/1962 pode ser considerada a amálgama do Estado com os povos, esclarecendo que os povos são sujeitos do direito à PSNR, conferindo-lhes o direito de se envolver nas decisões sobre o uso de seus próprios recursos naturais e determinando que os recursos naturais sejam utilizados em benefício exclusivo dos povos interessados.

Interessante observar a linguagem utilizada na Resolução, a qual é absolutamente direta, de forma a não suscitar dúvidas de que fora endereçada diretamente para os povos, humanizando a norma e tirando-a do espectro imaterial para aplicá-la a cada ser humano dependente daqueles recursos naturais: “1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do desenvolvimento nacional e bem-estar do povo do respectivo Estado”.

A humanização do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais na UN serviu para inspirar, em nível regional, Tratados que passaram a abordar o conceito eminentemente como aspecto essencial relacionado aos direitos humanos. Nesse sentido: “[...] os instrumentos de direitos humanos confirmam que todos os povos são titulares do direito à PSNR, enquanto os Estados-partes têm o dever de respeitar e promover a realização do direito de cumprir seus compromissos de direitos humanos”.⁴⁷⁹

Por sua vez, a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* traz uma expressão reforçada do direito à soberania permanente sobre os recursos naturais em termos ainda mais detalhados e de maior impacto do que os Pactos sobre Direitos Humanos no âmbito da UN. Segundo a *Carta Africana*, o direito à PSNR é inquestionável, inalienável e absoluto,

⁴⁷⁸ “The current process of the necessary humanization of International Law stands in reaction to that state of affairs. It bears in mind the universality and unity of the human kind, which inspired, more than four and a half centuries ago, the historical process of formation of the *droit des gens*. In rescuing the universalist vision which marked the origins of the most lucid doctrine of International Law, the aforementioned process of humanization contributes to the construction of the new *jus gentium* of the XXIst century, oriented by the general principles of law.” CANÇADO TRINDADE, 1984, p. 6.

⁴⁷⁹ “[...] human rights instruments confirm that all peoples are the holders of the right to PSNR, while States parties are duty bound to respect and promote the realization of the right to comply with their human rights commitments”. ENYEW, Endalew Lijalem. Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources to Indigenous Peoples. *Arctic Review on Law and Politics*, Oslo, v. 8, n. 27, p. 222-245, 2017.

portanto, em nenhum caso, um povo será privado de dispor livremente de seus recursos naturais:

Artigo 21º

1. Os povos têm a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais. Este direito exerce-se no interesse exclusivo das populações. Em nenhum caso o povo pode ser privado deste direito.

Observa-se que o termo utilizado nos Tratados supradescritos é “povo”, no qual se pode incluir – não com menor importância – os direitos dos povos indígenas.

A Subcomissão para a Promoção e Proteção de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social da UN, em sua 56ª Sessão, encomendou o *Relatório sobre Prevenção à Discriminação e Proteção de Povos Indígenas*,⁴⁸⁰ no qual conferiu fundamental importância à PSNR por parte dos indígenas. O Relatório afirma que a conciliação dos interesses legítimos dos Estados com os direitos anteriores dos povos indígenas aos seus recursos naturais tem sido reconhecida por muitos como um passo crítico – porém necessário – para o avanço dos direitos dos povos indígenas. Além disso, nomina a PSNR como direito decorrente do desenvolvimento do direito internacional aos direitos humanos, conforme se infere:

Em seus termos mais simples, a soberania permanente sobre os recursos naturais pode ser entendida como o direito de uma nação ou povo de exercer a propriedade, o controle e a autoridade de gestão sobre seus recursos naturais (superfície e subsuperfície), em particular como um aspecto do exercício da direito de autodeterminação. A proposição, e de fato a conclusão deste Relator Especial, de que o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais deve agora ser aplicado aos povos indígenas, emergiu do direito internacional, particularmente dos desenvolvimentos, no direito internacional, dos direitos humanos relativos aos povos indígenas.⁴⁸¹

Interessante destacar que o conceito de soberania, para fins de adoção do Relatório, possui conotação sensivelmente diferente no caso dos povos indígenas – eis que, em grande parte, eles detêm ou possuem autonomia sobre a terra. De qualquer forma, é nítido o aspecto de exercício da autoridade sobre os recursos naturais existentes, em um pleno exercício de sua

⁴⁸⁰ UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources**: final report of the Special Rapporteur, Erica-Irene A. Daes: addendum. Fifty-sixth session, Geneva: United Nations, 12 jul. 2004. New York: UN, 2004.

⁴⁸¹ “In its simplest terms permanent sovereignty over natural resources can be understood to mean the right of a nation or people to exercise ownership, control, and management authority over its natural resources (surface and subsurface), in particular as an aspect of the exercise of the right of self-determination. The proposition, and indeed the conclusion of this Special Rapporteur, that the principle of permanent sovereignty over natural resources must now be applied to indigenous peoples, is one that has emerged from international law, particularly the developments in international human rights law concerning indigenous peoples”. *Ibid.*, p. 9.

autodeterminação e em conjunção com os direitos e as obrigações internacionais que lhe são inerentes.

3.2 A SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E A QUESTÃO DOS TERRITÓRIOS PALESTINOS E ÁRABES OCUPADOS POR ISRAEL

Além de as Resoluções da Unga com enfoque na soberania permanente sobre os recursos naturais tratarem de questões mais amplas referentes ao conceito, como investimentos, direitos humanos e autodeterminação, na década de 1970, a Assembleia Geral deflagrou uma série de estudos, relatórios e Resoluções abordando a temática da soberania permanente sobre os recursos naturais, aplicados na situação do território ocupado palestino e de outros territórios árabes – caso que será discorrido adiante no capítulo, como um *case law* de interesse.

A título de contextualização, trata-se de três regiões não contíguas ocupadas por Israel após a Guerra dos Seis Dias, em 1967. Depois do término do Mandato Britânico da Palestina, os territórios foram ocupados pela Jordânia e o Egito, após a Guerra Árabe-Israelense de 1948.

O território mantém-se ocupado até os dias atuais, em meio à tensão e aos atos de violência entre árabes e israelenses, cujas hostilidades contra as populações ocupadas também tiveram como objeto a exploração desenfreada dos recursos naturais destes territórios.

Nesse contexto, em sua 27ª Sessão, no ano de 1972, a Unga aprovou “[...] o princípio da soberania da população dos territórios ocupados sobre suas riquezas e recursos nacionais”, por meio da Resolução nº 3.005 (XXVII), parágrafo 4º. A PSNR foi tratada especificamente nas sessões seguintes, sendo objeto das Resoluções nº 3.175/1974 (XXVIII), nº 3.336/1974 (XXIX), nº 3.516/1975 (XXX), nº 31/186/1976, nº 32/161/1977, nº 34/136/1979, nº 35/110/1980, nº 36/173/1981 e nº 37/135/1982).

Basicamente, nessas Resoluções, a Unga reconhece a relevância das Resoluções anteriores sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, particularmente suas disposições que apoiam resolutamente os esforços dos países em desenvolvimento e dos povos dos territórios sob dominação colonial e racial ou sob ocupação estrangeira em sua luta para recuperar o controle efetivo sobre seus recursos naturais e todos os outros, suas riquezas e atividades econômicas.

As Resoluções Unga nº 37/135/1982, nº 36/173/1981, nº 35/110/1980, 34/136/1979, nº 32/161/1977, nº 31/186/1976, nº 3.336/1974 (XXIX), nº 3.175/1974 (XXVIII) e nº

3.005/1972 (XXVII) enfatizam o direito dos Estados e povos árabes à efetiva soberania permanente e ao controle sobre seus recursos naturais, riquezas e atividades econômicas.

Especificamente, as Resoluções nº 37/135/1982, nº 36/173/1981, nº 35/110/1980, nº 34/136/1979, nº 32/161/1977, nº 3.336/1974 (XXIX) e nº 3.175/1974 (XXVIII) reafirmam que todas as medidas tomadas por Israel para explorar os recursos humano e naturais nos territórios ocupados eram ilegais, apelando para que estas medidas fossem imediatamente finalizadas.

A Resolução final versando sobre PSNR (37/135/1982) condenou o Estado de Israel pela exploração dos recursos naturais dos territórios ocupados na Palestina e outros territórios árabes.

Por fim, uma significativa referência nas Resoluções nº 3.336/1974 (XXIX) e 3.175/1974 (XXVIII) foi a inclusão dos povos oprimidos pelo *apartheid*, declarando que os princípios da soberania permanente sobre os recursos naturais e da restituição eram aplicáveis a todos os Estados, territórios e povos sob ocupação estrangeira, jugo colonial e *apartheid*.

3.3 DIREITOS E OBRIGAÇÕES INERENTES À SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS EM UM MUNDO INTERDEPENDENTE

A soberania permanente sobre os recursos naturais pelos Estados e povos deve ser compreendida como a expressão de uma série de direitos e obrigações intrinsicamente incorporados em seu conceito e que exercem influência sobre diversos setores da vida humana, como o político, o cultural, o social e, obviamente, o ambiental.

Conforme visto, com exegese na UN e constantemente materializada em Resoluções da Unga, a PSNR presume a submissão dos Estados ao direito internacional geral, representado por seus princípios e costumes mais relevantes, como a não agressão, a autodeterminação, os direitos humanos e o direito ao ambiente saudável. Portanto, o exercício da soberania permanente sugere a submissão dos Estados a direitos e obrigações perante a comunidade internacional, equilibrando os direitos dos povos detentores das riquezas naturais conjuntamente com as obrigações que lhe são inerentes.

Nota-se que, em se tratando de PSNR, o termo (conceito operacional) ‘soberania’ pode ser, inicialmente, interpretado equivocadamente. Desde o século XX, a soberania vem sendo tratada como limitada, em razão da sua funcionalidade, mas percebe-se que alguns de seus principais paradigmas sofreram uma modulação em seus efeitos no decorrer dos séculos. Ora, para ser parte da comunidade internacional não basta ao Estado apenas opor sua soberania e

autodeterminação como critérios de validade de seus direitos. Seria necessário um alto grau de comprometimento com os demais Estados, envidando esforços conjuntos para a própria sobrevivência em um mundo multilateral. Andrew Hurrel conceitua este estado como solidarismo coercitivo, que qualifica como “[...] um dos mais importantes desenvolvimentos da sociedade internacional, geralmente operando na penumbra em torno do coração formal da ordem legal”.⁴⁸²

Partindo-se dessa premissa, pode-se inferir que a interdependência dos dias atuais é a própria gênese das obrigações dos Estados perante a comunidade internacional. Nesse sentido, o conceito de soberania cooperativa integra mais do que o valor das normas – pura e simplesmente. É necessário atentar-se ao aspecto da funcionalidade da soberania quando exercida na ordem internacional. Assim,

[...] uma análise funcional da soberania inicialmente mostrará que a compreensão de soberania cooperativa é capaz de fornecer a base conceitual necessária para promoção da paz internacional, prosperidade e bem-estar. Esse entendimento de soberania é particularmente indispensável no trato das ameaças ambientais mais importantes atualmente. Consequentemente, uma abordagem racional e funcional da soberania incluiria na própria soberania a obrigação de cooperar.⁴⁸³

Portanto, a ênfase da sociedade internacional tem mudado significativamente ao longo dos anos, passando da mera coexistência⁴⁸⁴ à própria cooperação, haja vista o fato de que a soberania dos Estados não se limita apenas ao direito internacional de forma linear.

Também é importante destacar que, progressivamente, o direito internacional tem partido de baixo, dos próprios valores individuais das pessoas, criando uma ordem objetiva de proteção aos direitos humanos. A humanização do direito internacional tem sido notada na efervescente rede de Tratados, Resoluções e Declarações firmadas em âmbito internacional, transformado o sujeito de direitos – do Estado para o próprio povo e o indivíduo – e criando não apenas obrigações *erga omnes* entre as nações mas também enfatizando e impulsionando a intercooperação, com vistas a tutelar de forma mais eficaz os direitos individuais.

Nesse sentido, a título de exemplo, a Resolução Unga nº 1.515/1960 (XV) possui excepcional relevância para esta compreensão mais individual da soberania permanente sobre

⁴⁸² HURREL, Andrew. **On Global Order: power, values, and the constitution of international society**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁴⁸³ PERREZ, 2000, p. 4.

⁴⁸⁴ A clássica definição apregoa que “[...] obrigações estritas somente podem ser ditas existentes quando uma forma prescrita de conduta é imposta a um assunto pré-identificado, correspondendo ao igual direito de demandar por essa conduta. Obrigações *stricto sensu*, portanto, criam responsabilidades”. Já os deveres (*duties*) denotam um senso mais fraco, inoponível contra terceiros (ao menos diretamente). Porquanto o termo *responsabilidade* do Estado é considerado como compulsório, as obrigações (objeto deste estudo) deverão ser exercidas como expectativas legítimas, partindo-se do sistema de cooperação ou pressão internacional. SCHRIJVER, 2008b, p. 307.

os recursos naturais, eis que se refere a nações e povos. De acordo com o documento, a PSNR deve ser exercida “[...] em conformidade com direitos e obrigações dos Estados perante o direito internacional”.⁴⁸⁵

Segundo Joanna Osiejewicz, os direitos e as obrigações inerentes ao exercício da PSNR podem ser agrupados em cinco áreas temáticas, a saber: (i) gestão dos recursos naturais; (ii) desenvolvimento do país e prosperidade das nações; (iii) proteção ambiental; (iv) cooperação internacional; e (v) proteção do investimento.⁴⁸⁶ Essas áreas temáticas serão abordadas a seguir, a partir da individualização dos principais direitos e obrigações.

3.3.1 Direitos inerentes ao exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais

Percebe-se que os direitos inerentes ao exercício da soberania permanente, de uma forma geral, estão mais evidentes e expressos nas Resoluções da Assembleia Geral e demais acordos e declarações internacionais. Não se pode esquecer que a gênese da soberania permanente sobre os recursos naturais na UN foi, justamente, no sentido de assegurar aos países subdesenvolvidos acesso irrestrito e gerenciamento próprio de suas próprias riquezas em prol de seu povo. Por esse motivo, obviamente, o enfoque sempre foi o alargamento de direitos – muito mais do que a imposição de limitações ao seu exercício em forma de obrigações. Por sua vez, Schrijver nomina os seguintes direitos decorrentes da PSNR:⁴⁸⁷

- (i) Direito de dispor livremente dos recursos naturais;
- (ii) Direito de compensação por danos causados aos recursos naturais;
- (iii) Direito de uso dos recursos naturais para desenvolvimento nacional;
- (iv) Direito de autodeterminar a política ambiental própria;
- (v) Direito de resolver disputas com base no direito doméstico;
- (vi) Regulação, expropriação e nacionalização de investimento estrangeiro;
- (vii) Direito equitativo em recursos naturais transfronteiriços.

⁴⁸⁵ “5. Recommends further that the sovereign right of every State to dispose of its wealth and its natural resources should be respected in conformity with the rights and duties of States under international law”. UNITED NATIONS. Resolution 1515 (XV). Concerted action for economic development of economically less developed countries. Adopted at the 948th plenary meeting, 15 Dec. 1960. A/RES/1515(XV). 15 dez. 1960. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Second Committee**. New York, 1960c. p. 9.

⁴⁸⁶ OSIEJEWICZ, Joanna. **Globalne zarządzanie zasobami ropy i gazu w perspektywie prawnomiędzynarodowej**. München: CH Beck, 2018, p. 26.

⁴⁸⁷ SCHRIJVER, 2008b, p. 260-277.

A análise do rol de direitos dos Estados e povos no exercício da soberania permanente indica, como se percebe, um ponto de convergência: a livre disposição dos seus próprios recursos naturais (política, legislação e prática), além de ser-lhes garantido que estas riquezas sejam utilizadas em prol do progresso e desenvolvimento nacional.

Um segundo e importante destaque é o direito do Estado em regular e até expropriar e nacionalizar investimentos estrangeiros (o que será visto com maior critério a seguir, nos casos da nacionalização de petróleo pela Líbia), criando (ou retomando) condições de desenvolvimento em favor da população daquele Estado, eis que, em muitos casos, os recursos naturais (hídricos, minério, petróleo, florestas) são sua única fonte de riqueza.⁴⁸⁸ E, por serem apenas descolonizados à época das primeiras Resoluções sobre PSNR e não estarem em melhor posição para negociar de forma justa os contratos de exploração desses recursos com empresas estrangeiras, era natural que estes Estados se submetessem a situações de desequilíbrio contratual, loteando seus territórios. Assim, exsurge o direito inalienável de uso e fruição das riquezas naturais, exercido de forma mais justa e equânime, oportunizando o desenvolvimento desses países.

Vale ainda destacar que a própria Unga garante os direitos dos Estados ao pleno exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais, afirmando que eventual medida ou pressão direcionada a qualquer nação no exercício deste direito é considerada “[...] flagrante violação aos princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, conforme disposto na Carta das Nações Unidas”, a teor do contido na Resolução nº 2993/1972 (XXVII) – Declaração sobre Reforço da Segurança Internacional.⁴⁸⁹

Assim, analisando-se o ambiente normativo constituído pelas Resoluções da Unga que criaram e desenvolveram o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, em confluência com os costumes e princípios de direito internacional geral que lhe são comuns, pode-se dizer que os direitos inerentes são expressão de uma prerrogativa exclusiva do Estado e do seu povo, incluídos em seus atributos mais fundamentais e impossíveis de cessão,⁴⁹⁰ portanto inalienáveis.

⁴⁸⁸ ELIAN, George. **The Principle of Sovereignty Over Natural Resources**. Alphen aan den Rijn: Sitjhoff, 1979, p. 17.

⁴⁸⁹ “4. Reaffirms that any measure or pressure directed against any State while exercising its sovereign right freely to dispose of its natural resources constitutes a flagrant violation of the principles of self-determination of peoples and non-intervention, as set forth in the Charter, which, if pursued, could constitute a threat to international peace and security.” UN, 1972a.

⁴⁹⁰ ELIAN, *op. cit.*, p. 14.

3.3.2 Obrigações inerentes ao exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais

Embora mais restritas que os direitos derivados da soberania permanente, as obrigações, justamente, asseguram essa finalidade. Em uma nova ordem econômica, com a adesão à comunidade internacional de dezenas de países recém-descolonizados e ainda em formação, a soberania permanente, mais do que garantir o acesso irrestrito aos recursos próprios, visando à redução da pobreza, apresentou como obrigação implícita a responsabilidade ambiental na utilização desses recursos em prol da população. Trata-se de uma preocupação até certo ponto lógica, uma vez que o Estado, se não observasse qualquer limite na exploração dos seus próprios recursos naturais, poderia levá-los à escassez ou até mesmo ao seu exaurimento, não apenas agravando a situação socioeconômica de sua população mas também gerando um problema de proporções internacionais (ou mundiais).

Embora essencial, o aspecto econômico passou a ter menor influência, no que diz respeito às obrigações inerentes à soberania permanente sobre os recursos naturais, neste início de século XXI. A mudança de valores no decorrer dos anos revela que a preocupação ambiental passou a ser prioridade e grande fator de inquietude, especialmente quando se pensa no exercício da soberania permanente e em sua relação direta com o dever de prevenção aos danos transfronteiriços.⁴⁹¹ Nesse ponto, o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo é particularmente sagaz ao estabelecer que,

[...] em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.

Esta conotação reformula o princípio do *sic utere tuo ut alienum non laedas*, tradicional conceito ambiental de “usar sua propriedade de forma a não causar dano a de outrem”.⁴⁹² Ou seja, embora se reconheça a PSNR como direito inalienável e, inclusive, expressão de autodeterminação, há determinadas obrigações inerentes ao usufruto desse

⁴⁹¹ “Várias regras costumeiras de direito ambiental internacional emergiram ou estão emergindo da prática estatal. Em particular, nenhum Estado deve causar ou autorizar que seu território seja utilizado para causar danos ao ambiente de outros países. Esta norma primeiro ascendeu na jurisprudência internacional e foi posteriormente formulada no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, antes de ser adotada e reafirmada em outros inúmeros instrumentos internacionais vinculantes ou não.” KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International Environmental Law**. 3. ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2004, p. 85. Cf. também: PERREZ, 1996.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 1201.

direito, as quais devem ser respeitadas, seja no plano nacional, seja no âmbito da comunidade internacional.

Assim, entende-se que as obrigações relativas à PSNR, em um nível interno, confundem-se com as próprias obrigações do Estado, eis que seu exercício deve ser, *inter alia*, orientado em prol do bem comum daquela população (preservar os recursos para deles obter desenvolvimento – coexistência de direito e obrigação).

Já em nível externo, além da obrigação de prevenção a danos ambientais transfronteiriços, outras obrigações perante a comunidade internacional ainda podem ser enumeradas, todas elas de vital interesse para a comunidade internacional, a saber:

- (i) Obrigação de cooperar para o desenvolvimento sustentável global;
- (ii) Obrigação de conservação e uso sustentável das riquezas e dos recursos naturais;
- (iii) Obrigação de respeito ao direito internacional e de justo tratamento aos investidores estrangeiros.

De uma forma geral, as obrigações relativas à PSNR dividem-se em dois grupos principais: um de cunho econômico (identificado pelo dever de compensação em eventual nacionalização de investimento estrangeiro) e outro de cunho ambiental.

No aspecto econômico, a obrigação principal é a de compensar financeiramente empresas estrangeiras que atuem em território de país que eventualmente decida promover a nacionalização. A Resolução Unga 1.803/1962 (XVII), em seu parágrafo 4º, prevê três condições para legitimar essa decisão: (i) que seja em prol do bem comum daquele Estado; (ii) que a medida seja adotada no exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional; e (iii) que seja paga a indenização correspondente, conforme se infere:

4. A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos será pago ao dono a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas em exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do Estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional.⁴⁹³

Como se percebe, a Resolução Unga nº 1.803/1962 prevê, inclusive, a solução do litígio com fundamento no exercício da PSNR por tribunal judicial internacional, ou por arbitragem, como se deu com os mundialmente conhecidos *cases* demandados por grandes

⁴⁹³ UN, 1962.

petrolíferas mundiais em face da nacionalização de petróleo pelo governo Líbio na década de 1970.

Entretanto, a maior gama de obrigações inerentes à soberania permanente reside na questão ambiental, sua proteção, gerenciamento e uso em prol da população local. Nesse sentido, nota-se que as obrigações de cunho ambiental não deixam de ser um reflexo dos próprios direitos inerentes à soberania permanente, pois, a partir do momento em que cabe ao Estado a gestão soberana dos seus recursos, exsurge uma obrigação diretamente proporcional de conservação, tendo em vista sua disponibilidade para as futuras gerações.

Assim, é interessante observar como as obrigações adjacentes à soberania permanente sobre os recursos naturais podem ser consideradas uma limitação ao seu exercício, sem, no entanto, violar a soberania do Estado. Embora inicialmente pareça paradoxal, a Resolução nº 1.803/1962 assegura e reafirma a soberania permanente sobre os recursos naturais, prevendo que “O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre seus recursos naturais deve ser fomentado de acordo com o mútuo respeito entre os Estados, **baseado em sua igualdade soberana**” (grifo nosso).

Por sua vez, como visto, a Cerds – instituída pela Resolução Unga nº 3.281/1974 –, estabeleceu, justamente, alguns limites de ordem ambiental à PSNR, impondo aos países o dever de proteger e preservar o ambiente, principalmente visando evitar danos a terceiros países durante a exploração de recursos transfronteiriços.

Essa limitação, imposta pelos próprios membros da comunidade internacional a si mesmos, na forma expressa de uma Resolução da Unga, juntamente com a obrigação assumida de que o PSRN deve ser “[...] exercido com interesse do desenvolvimento nacional e em prol do bem estar do povo do respectivo Estado”, sugere que a principal obrigação inerente ao conceito é o desenvolvimento sustentável, para o qual converge grande parte dessas obrigações. É o que será analisado a seguir.

3.4 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO INERENTE À SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

A Conferência de Estocolmo, de 1972, foi o *breaking point* para voltar as atenções da comunidade internacional às questões ambientais.⁴⁹⁴ Convencionou-se que, a partir daquele momento, a sociedade internacional precisava considerar a necessidade de instituir princípios comuns, de forma a inspirar as pessoas do mundo inteiro a preservar o ambiente em que estavam inseridas.⁴⁹⁵

No bojo da perspectiva de cooperação e integração global, foi de suma importância o reconhecimento, à época, da soberania permanente dos Estados em livremente explorarem seus recursos naturais, de acordo com sua política e suas aspirações. Entretanto, os Princípios 2 e 5 de Estocolmo já alertavam sobre a correta conduta para a exploração das riquezas do planeta, salvaguardando-as também para benefício das futuras gerações. A Conferência de Estocolmo estabeleceu, portanto, o elo vital entre a exploração dos recursos naturais, visando ao desenvolvimento, aliado à necessária proteção ambiental.

O primeiro conceito mais elaborado (ou de maior representatividade) de desenvolvimento sustentável foi originalmente divulgado no Relatório Brundtland – também chamado de *Nosso Futuro Comum* –, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da um.⁴⁹⁶ A Comissão foi hábil em demonstrar, de forma convincente, como o ambiente e o crescimento da economia estavam intimamente conectados em uma complexa rede de causa e efeito.⁴⁹⁷ Observa-se que, até então, de forma tão direta, o desenvolvimento e a proteção à natureza nunca haviam sido colocados lado a lado, em um só conceito, como o foram no referido Relatório. O texto final serviu para expor o consenso que

⁴⁹⁴ “É inegável a influência dos princípios contidos na Declaração de Estocolmo e na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Outras declarações de princípios conduziram diretamente à criação de normas obrigatórias, incluindo a Carta Europeia da Água, a Recomendação da OCDE/1974 contendo princípios relativos à poluição transfronteiriça, e a Declaração UNEP/1978 de princípios de conduta em matéria ambiental para orientação aos Estados quanto a conservação e utilização harmoniosa dos recursos naturais compartilhados por dois ou mais países.” KISS; SHELTON, 2004, p. 94.

⁴⁹⁵ SCHWARTZ, Priscilla. Sustainable Development in International Law. **Non-State Actors and International Law**, Leiden, v. 5, p. 127-152, 2005, p. 128.

⁴⁹⁶ Relatório apresentado em 1987 perante a Unga.

⁴⁹⁷ ANDREEN, Willian L. Environmental Law and International Assistance: The Challenge of Strengthening Environmental Law in the Developing World. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v. 25, p. 17-69, 2000, p. 21.

deveria existir entre seus objetivos gerais e específicos e a inter-relação havida entre o aspecto socioeconômico e o ambiental.⁴⁹⁸

Porém foi apenas após a Rio 92 que o conceito passou a compor a base dos instrumentos internacionais e a ser solidamente referido na prática dos tratados. A partir daí, vários MEAs passaram a incorporar expressamente o conceito de desenvolvimento sustentável, dentre os quais podem ser citados como exemplos a Convenção da Diversidade Biológica (1992), a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (1992), a Convenção Antidesertificação (1994), além do Tratado de Marrakesh (1995) – acordo comercial em cujo preâmbulo o desenvolvimento sustentável e o aproveitamento ótimo dos recursos naturais são elencados como seus objetivos.⁴⁹⁹

O desenvolvimento sustentável passa então a ser concebido como parte indissociável do direito internacional⁵⁰⁰ e baseia-se na introdução de mudanças, visando obstaculizar a exploração desmedida de recursos naturais nos processos de produção. Como a resiliência da natureza sempre foi objeto de discórdia ideológica entre os defensores do desenvolvimento e os partidários da conservação ambiental, o desenvolvimento sustentável busca o equilíbrio entre as necessidades da atual geração e das gerações futuras, por meio de ações econômicas, sociais e ambientais, executadas pela sociedade e reforçadas pela lei. Seguindo essa nova perspectiva, o desenvolvimento sustentável é visto, primeiramente, como um princípio de direito ambiental internacional, que visa, sobretudo, informar e orientar as atividades e os projetos de desenvolvimento,⁵⁰¹ de forma a reduzir os riscos de escassez de recursos e de poluição inadequada do ambiente.

⁴⁹⁸ Em sua obra, Bosselmann traça os primeiros cuidados com o desenvolvimento sustentável observados desde a Idade Média na Europa: “[...] a história da sustentabilidade está relacionada com a história do direito ambiental. Conceitos de sustentabilidade não foram inventados no final do século XX, mas cerca de 600 anos antes, quando a Europa continental sofreu uma grande crise ecológica. Entre 1300 e 1350 o desenvolvimento agrícola e a utilização da madeira haviam atingido um pico que levou a um desmatamento quase completo.” BOSSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008, p. 13.

⁴⁹⁹ *“Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.”* WORLD TRADE ORGANIZATION. **Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization**. WTO, Genebra, 1994.

⁵⁰⁰ SCHRIJVER, 2008b, p. 23.

⁵⁰¹ “A aplicação de seus elementos, neste caso, vai depender do modelo de empreendimento a ser realizado: se mineração, pesca ou indústria; deverá ser identificado por quem será feito: se através de investimento estrangeiro ou governamental; deverá avaliar a natureza e extensão de uso dos recursos naturais: terra, água, ar e seus componentes – e, finalmente, as responsabilidades no processo.” SCHWARTZ, 2005, p. 135.

Um festejado avanço do conceito de desenvolvimento sustentável sob a perspectiva do direito internacional foi a *Carta da Terra*, cujo processo de aprovação representou um consenso global sem precedentes.⁵⁰² O encontro Mundial de Johannesburg, em 2002, demonstrou haver o reconhecimento por parte da comunidade internacional quanto à importância desse documento, o qual, além da mudança na arquitetura das tomadas de decisão no direito internacional, também mudou a integração entre os valores e princípios das Nações Unidas, bem como o que a emergente sociedade civil global classifica como essencial. Assim, a *Carta da Terra* incorporou tratados sobre sustentabilidade de suma importância, como a Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção Antidesertificação.

Mais recentemente, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012, a Rio+20, os debates estiveram concentrados em dois temas, a economia verde e o desenvolvimento sustentável, alinhados com a erradicação da pobreza e a estrutura organizacional, no nível das instituições, para o desenvolvimento sustentável, o que resultou no documento conhecido como *O Futuro que Nós Queremos*, nome da Resolução nº 66/288/2012 da Unga.⁵⁰³ Após a Rio+20, em 2015, os chefes de Estado e de governo, reunidos na sede da UN, em Nova Iorque, aceitaram os novos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Os 17 objetivos são considerados compreensivos, abrangentes e centrados nas pessoas. A UN e seus membros esperavam implementar essa Agenda, compartilhando seus princípios e compromissos, até 2030.⁵⁰⁴

No contexto das Conferências das Partes, estipuladas pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a COP21 de Paris, realizada em 2015, foi a mais significativa. Nela, 195 países aceitaram combater as mudanças climáticas e buscar o futuro do desenvolvimento sustentável também por iniciativas *low-carbon*, engajados na empreitada de manter bem abaixo de 2°C o aumento da temperatura no planeta durante o decorrer do presente século. Além disso, entre combate e adaptação, os países desenvolvidos foram chamados a auxiliar as nações em desenvolvimento a atingir tais metas, buscando transparência e participação com as contribuições nacionalmente determinadas.⁵⁰⁵

⁵⁰² BOSSELMANN, 2008, p. 74.

⁵⁰³ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 66/288**. The future we want. Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012. A/RES/66/288. 27 jul. 2012. New York: Unga, 2012b.

⁵⁰⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 70/1**. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. A/RES/70/1. 25 set. 2015. New York: Unga, 2015a.

⁵⁰⁵ UNITED NATIONS. Climate Changes. **The Paris Agreement**. Paris, United Nations, 15 dez. 2015b.

A partir da capilarização dos diversos acordos internacionais versando sobre direito ambiental internacional, são estabelecidos os parâmetros para uma sólida política ambiental em nível nacional, a partir do conceito de desenvolvimento sustentável. Essa política deve basear-se em uma completa compilação e análise prévia da legislação existente, combinada com uma revisão dos atuais mecanismos normativos em vigor no sistema legal interno. Tal análise sistemática é necessária para identificar problemas como inconsistências de abordagem, estatutos obsoletos, leis copiadas diretamente e sem critério de países desenvolvidos (outra realidade), falta de regulação sobre a implementação, escassez de dispositivos de controle administrativo, falta de mecanismos como penalidades civis e medidas cautelares, bem como provisões excessivamente permissivas.⁵⁰⁶

Como ótimos exemplos da promoção do desenvolvimento sustentável no nível interno, podem-se citar o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos nas Constituições do Equador e Bolívia⁵⁰⁷ e a instituição do *Buen Vivir*,⁵⁰⁸ bem como a abordagem, até certo ponto holística, da estrutura legal costa-riquenha,⁵⁰⁹ com o seu famoso Plano Nacional de Descarbonização.

Por outro lado, resplandece a discussão sobre a aplicação e eficácia da norma aceita nos círculos das organizações da comunidade internacional. Existe ainda uma equivocada percepção de que normas de direito internacional são meramente consensuais (ou *soft law*). De certa forma, de fato o são, uma vez que são consideradas como o próprio exercício da soberania estatal quando da pactuação de acordos ou tratados internacionais. Porém, a aplicação do direito ambiental internacional, cuja natureza também é consensual, não pode ser considerada ineficaz (ou ineficiente), simplesmente por não haver uma sanção internacional que obrigue sua aplicação e sancione sua violação. Nesse sentido, Brunée afirma que “[...] é tempo de deixar a sombra projetada pela dupla diabólica obrigação-sanção para trás. Não há necessariamente uma conexão entre a aplicação da norma e seu efeito vinculante ou a sua

⁵⁰⁶ ANDREEN, 2000, p. 32.

⁵⁰⁷ Em seu Capítulo Sétimo, consagra os direitos da *Pacha Mama* – direito à restauração, respeito integral à sua existência, manutenção e regeneração de ciclos vitais e processos evolutivos, devendo o Estado incentivar a proteção da natureza.

⁵⁰⁸ “Pautado na reciprocidade, o Bem Viver como fundamento ético estimula o diálogo de saberes e provoca mudanças profundas que despertam um novo compromisso com a vida em grande escala, a vida do planeta. De matriz comunitária, o Bem Viver sintetiza seus valores e introduz um Estado Plurinacional desatado das tradições eurocêntricas e comprometido com a superação das desigualdades, da descolonização e do reconhecimento da natureza como sujeito de direitos.” SILVA, Lucilaine Ignacio da. **Trabalho decente e bem viver**: enlace necessário para a construção do vínculo comunitário fundamentado no reconhecimento, relacionalidade e reciprocidade. 2019. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 139.

⁵⁰⁹ A Costa Rica possui um olhar significativo sobre os recursos naturais e se posiciona como líder mundial em sustentabilidade. Possui um plano para descarbonizar sua economia até 2050, conforme diretrizes do Acordo Climático de Paris e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da UN.

eficácia”.⁵¹⁰ Assim, parece que os partidários da opinião de ineficácia das normas internacionais que versam sobre desenvolvimento sustentável baseiam-se em uma concepção excessivamente restrita de execução, ignorando o conjunto de mecanismos de aplicação dispostos nos acordos ambientais multilaterais, excluindo o amplo espectro de processos coletivos de justificação, deliberação e julgamento dessas normas.

Percebe-se, contudo, que o exercício efetivo de direitos em questões ambientais somente será possível pela existência de alguns mecanismos destinados especificamente para lidar com questões ambientais (ou que atuam com o tema), geralmente promovidos pelas Organizações Internacionais,⁵¹¹ como a UN, sua Assembleia Geral e seus órgãos especializados, como a UNFCCC, por exemplo. De qualquer forma, olhando-se para o momento atual – cinquentenário da Conferência de Estocolmo –, verifica-se a evolução e a maturidade do conceito de desenvolvimento sustentável, já reconhecido pelo mundo como elemento vital para o bem-estar e a perpetuação do ambiente e, naturalmente, da existência humana.

3.5 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO INERENTE AO EXERCÍCIO DA PSNR

Ao se tratar de soberania, a tendência é presumir que os recursos naturais pertencentes a um Estado (ou, melhor, ao seu povo) poderiam ser utilizados e mesmo exauridos, partindo-se do conceito de que soberania implica um poder inalienável para os Estados se autogerirem, sem maiores explicações à comunidade internacional. Entretanto, a interdependência ambiental e a necessidade de fornecer respostas para enfrentar problemas globais como a destruição da biodiversidade, da camada de ozônio e o preocupante aquecimento global, compele as nações desenvolvidas e as não desenvolvidas a convergirem para um interesse comum, estabelecendo diretrizes de matriz ambiental para o desenvolvimento econômico sustentável.

Portanto, em se tratando de recursos naturais – de vital interesse para a própria preservação da vida humana no planeta –, a soberania permanente do Estado em explorar essas riquezas no seu próprio território é acompanhada da obrigação, perante a comunidade

⁵¹⁰ BRUNNÉE, Jutta. Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law. *In*: BEYERLIN, Ulrich; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Ensuring Compliance with Multilateral Agreements: a dialogue between practitioners and academia**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. p. 1-23, p. 23.

⁵¹¹ DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS, Marc. **Human Rights and the Environment**. Strasbourg: Council of Europe, 2002, p. 31.

internacional, de preservação do ambiente quando da utilização de tais recursos. A evolução do direito ambiental internacional e o atual estágio de compreensão da proteção ambiental, levando-se em conta um sem-número de acordos internacionais, decisões de Tribunais e intervenção de órgãos internacionais sobre o tema, serviram para renovar a relação havida entre a soberania permanente e o dever de sustentabilidade.

Com efeito, analisando as obrigações dos Estados perante a comunidade internacional em relação ao exercício da PSNR, Kumkum Shah observa que a doutrina da soberania permanente criou uma série de obrigações aos Estados no exercício do conceito, a saber:⁵¹²

- (i) O dever do Estado de não causar danos transfronteiriços: nenhum Estado deve usar ou permitir o uso de seus recursos naturais ou território que resulte em danos ou prejuízos a terceiros Estados;
- (ii) O princípio da equidade intra e intergeracional: é dever do Estado, no exercício da soberania permanente, distribuir equitativamente suas riquezas e recursos intra e intergerações, erradicando a pobreza e desenvolvendo a nação para o livre e justo gozo dos recursos pelo povo;
- (iii) O princípio da sustentabilidade: é dever do Estado manter o equilíbrio do direito de usar e explorar seus recursos naturais com a obrigação de não causar danos (externos e internos) e utilizar os recursos de forma sustentável;
- (iv) O princípio da precaução: é direito do Estado tomar ações em caso de ameaça de dano grave ou irreversível, tendo em vista o compartilhamento de recursos e os riscos de danos ambientais decorrentes da ação humana ou de concessões para o uso por parte de empresas e investidores estrangeiros.

Esses princípios decorrem da própria especialização das normas ambientais no decorrer das últimas décadas, a qual alterou sensivelmente a abordagem do princípio da soberania sobre os recursos naturais. Tal fenômeno ocorreu naturalmente, visto que a incorporação de novos preceitos de direito internacional sempre foi, desde o início, uma das características mais marcantes da soberania permanente. A análise das principais responsabilidades estatais e das limitações inerentes à soberania permanente demonstra ser o desenvolvimento sustentável o ponto de convergência nesse assunto, que praticamente resume todas essas obrigações em apenas uma.

⁵¹² SHAH, Kumkum. Analysis of Doctrine of Permanent Sovereignty over Natural Resources. **Papers SSRN**, [S. l.], 31 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NybPt9>. Acesso em: 4 abr. 2022, p. 5-6.

Compromissos com o desenvolvimento sustentável fazem parte de inúmeros tratados, acordos e declarações relativas às questões ambientais, econômicas e sociais, notadamente com maior intensidade a partir da edição do Relatório Brundtland (1987) e da Declaração do Rio (1992). Desde então, em direito internacional geral, o desenvolvimento sustentável passou a figurar como o principal alvo dos tratados,⁵¹³ envolvendo tanto os países desenvolvidos quanto os em desenvolvimento, além de adquirir papel de destaque em decisões judiciais de tribunais nacionais e internacionais.⁵¹⁴

No âmbito das Organizações Internacionais, talvez a mais emblemática das Resoluções da Unga tenha sido o Relatório do PNUMA sobre Soberania Permanente, cuja edição da respectiva Resolução nº 3.326/1974 expressamente estabeleceu que é responsabilidade dos Estados a “[...] proteção, a preservação e o aprimoramento do ambiente para as presentes e futuras gerações [...]”,⁵¹⁵ externando preocupação com o impacto ambiental da exploração e do consumo irracionais dos recursos naturais, particularmente nos países em desenvolvimento, bem como com o fato de que tal exploração e consumo representem uma ameaça a esses países no exercício de sua soberania permanente sobre seus recursos naturais⁵¹⁶. Portanto, como se vê, a Resolução faz uma vital ilação de que o desenvolvimento sustentável é obrigação dos Estados no exercício da soberania permanente sobre seus recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável possui um importante viés econômico, isso é fato. Entretanto, atualmente, também pode ser considerado um sólido conceito em direito ambiental internacional intimamente relacionado com os direitos humanos. O desenvolvimento sustentável, nesse sentido, pode ser definido como “[...] um princípio de justiça, na medida em que estabelece condições de vida equitativas em um contexto transgeracional”.⁵¹⁷ Para Bosselmann:

[...] o desenvolvimento sustentável é um princípio de direito. Isto pode ser explicado pelo caráter normativo que o princípio da sustentabilidade apresenta para o significado do desenvolvimento sustentável. Segue-se que a sustentabilidade

⁵¹³ Conforme salientado, não apenas os MEAs mas também os tratados abordam os mais diversos assuntos na comunidade internacional.

⁵¹⁴ BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and national Law**. Groningen: Europa Law, 2008, p. 176.

⁵¹⁵ UNITED NATIONS. Resolution 3326 (XXIX). Report of the Governing Council of the United Nations Environment Programme. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 29th session**. New York: UN, 1974b. v. 1, p. 61-62.

⁵¹⁶ SCHRIJVER, 2008b.

⁵¹⁷ VOIGT, 2009, p. 53.

possui a qualidade de um princípio de direito definido como o dever de proteção e restauração da integridade dos sistemas ecológicos da Terra.⁵¹⁸ (tradução nossa).

A natureza jurídica do desenvolvimento sustentável é controversa, causando grandes discussões na doutrina. Embora mais recentemente alguns MEAs tenham aproximado o conceito de desenvolvimento sustentável aos direitos humanos,⁵¹⁹ para muitos ainda se trata apenas de um princípio geral. Para outros, o desenvolvimento sustentável é parte do direito costumeiro internacional.⁵²⁰ Porém, inobstante sua classificação e natureza jurídica, nota-se uma íntima ligação do desenvolvimento sustentável com o próprio conceito de soberania permanente. A obrigação de desenvolvimento por meio da exploração de seus próprios recursos e a necessidade de mantê-los para proveito das futuras gerações são determinantes para a própria efetividade da soberania permanente.

Neste ponto, convém destacar o importante papel das Nações Unidas na proteção ambiental global. Enquanto principal fórum mundial de debates e decisões da comunidade internacional, sempre há oportunidade para o órgão encaminhar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável baseado não apenas em auxílio externo, unilateral, mas também no incentivo à cooperação econômica internacional para o bem comum. Dentro dessa realidade, a UN tem se tornado “[...] centro para harmonização de ações dos Estados nos assuntos ambientais”.⁵²¹⁻⁵²²

Outro aspecto de extrema valia para identificar o desenvolvimento sustentável como principal obrigação inerente ao exercício da PSNR é sua intrínseca relação com os direitos humanos. A Resolução Unga nº 3.326/1974, ainda em suas considerações preambulares, “[...] reafirma que ambos aspectos do ambiente do homem, o natural e o criado pelo homem, são vitais para seu bem-estar e para o exercício dos direitos humanos básicos⁵²³.

A propósito do tema, a Resolução Unga nº 41/128/1986 – Declaração sobre o Direito de Desenvolvimento –, em seu Art. 1º, parágrafo 2º, não apenas estabelece o desenvolvimento

⁵¹⁸ BOSSELMANN, 2008, p. 57.

⁵¹⁹ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Banjul, em vigor desde 1986) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (São Salvador, em vigor desde 1999).

⁵²⁰ SHANMUGANATHAN, D.; WARREN, L. M. Status of sustainable development as a principle of national and international law: the Indian approach. *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 9, n. 2, p. 387-447, 1997, p. 399.

⁵²¹ THACHER, Peter S. The Role of the United Nations. *In*: HURRELL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (ed.). **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992, p. 206.

⁵²² Um elemento de grande importância para a evolução do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais e do dever de sustentabilidade a ele inerente foi a iniciativa do Comitê sobre Recursos Naturais do Conselho Econômico e Social da UN em estabelecer a relação entre ambos os conceitos em um ambiente global no final dos anos 1980 e início dos 1990.

⁵²³ “*Reaffirming that both aspects of man's environment, the natural and the man-made, are vital to his well-being and to the exercise of basic human rights*”. Resolutions adopted on the reports of the Second Committee. UN, 1974b, p. 61.

como um direito humano mas também insere o conceito de soberania permanente na tríade sustentabilidade-direitos humanos-autodeterminação:

2. O direito humano ao desenvolvimento implica também a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, o que inclui, sob reserva das disposições pertinentes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício do seu direito inalienável à plena soberania sobre todos os seus riquezas e recursos naturais.⁵²⁴

Ao se analisar a relação indissociável entre sustentabilidade e direitos humanos, verifica-se que o desenvolvimento sustentável está paulatinamente passando de um conceito ambiental ordinário para adquirir uma conotação de responsabilidade global solidária, levando em consideração a proteção dos recursos naturais e a modificação dos padrões de produção e consumo. E, nessa amplitude de novas definições, a vertente mais instigante é, sem dúvida, aquela que compara o direito ao desenvolvimento sustentável a um direito humano essencial.

O ambiente e os direitos humanos tendem a orientar-se sob uma única perspectiva, que é a atenção especial aos indivíduos e grupos de pessoas que vivem marginalizadas e em situação de miséria. Esses grupos precisam de especial atenção, uma vez que são os mais suscetíveis às consequências dos problemas ambientais, enfrentando dramáticas situações de retirada de seu lar, ondas de refugiados, migração e relocação.⁵²⁵ Portanto,

[...] uma série de conexões entre o ambiente e certos direitos humanos tem sido estabelecida. Estes incluiriam o direito à vida, comida, água, saúde, moradia, propriedade, participação política, liberdade de informação, associação, expressão e direito à cultura.⁵²⁶

Nota-se que ainda é incipiente a percepção de que o direito ao ambiente sustentável se confunde com o próprio direito à vida. Parece óbvio afirmar que, sem um ambiente preservado, a própria existência humana estaria ameaçada. Nessa senda, despontam iniciativas da sociedade civil que buscam a promoção institucional da indissociabilidade entre “[...] paz,

⁵²⁴ “2. *The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources.*” UNITED NATIONS. 41/128. Declaration on the Right to Development. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The General Assembl. A/RES/41/128. In: UNITED NATIONS. **Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 41st session, 16 September-19 December 1986.** New York: United Nations, 1987a. p. 186-187.

⁵²⁵ ALFREDSSON, Gudmundur. Human Rights and the Environment. In: LEARY, David; PISUPATI, Balakrishna (ed.). **The Future of International Environmental Law.** Tokyo: United Nations University, 2010, p. 127-146; p. 127.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 128.

Estado de Direito, o respeito aos direitos humanos, o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente”, como no Ecosoc, por exemplo.⁵²⁷

Além disso, em 2012, a UN, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos, criou o posto de *expert* independente sobre direitos humanos e meio ambiente, em razão da ressonância entre os dois campos de ação. O mandato da autoridade designada na qualidade de *expert* foi estendido por três anos e depois transformado no cargo de relator oficial, cujo relatório foi preparado para a 73ª Assembleia Geral, em setembro de 2018, ocasião em que John H. Knox teve a oportunidade de afirmar que,

Atualmente, entretanto, é indiscutível que os seres humanos são completamente dependentes de um ambiente saudável para levar vidas dignas, saudáveis e realizadas. Os sistemas ecológicos, a diversidade biológica e as condições planetárias que são fundações vitais da existência humana estão sob pressão sem precedentes. Se a Declaração Universal dos Direitos Humanos fosse escrita hoje, é difícil imaginar que esta deixaria de incluir o direito ao meio ambiente saudável, um direito tão essencial à vida do ser humano e tão vastamente reconhecido em constituições nacionais, legislações e acordos regionais.⁵²⁸

Nesse relatório, a autoridade designada tratou de recomendar aos países reunidos na 73ª Assembleia Geral o reconhecimento de que o meio ambiente saudável, o que inclui as provisões acerca do princípio do desenvolvimento sustentável, está em consonância com o regime dos direitos humanos já tutelado pelos membros da UN. Assim, alguns avanços em direitos humanos poderiam servir de modelo para o desenvolvimento sustentável, principalmente no que se refere à pressão política internacional.

Sob esse viés, convém salientar que a efetividade e a eficiência do desenvolvimento sustentável requerem que alguns padrões sejam estabelecidos em nível internacional, relacionados não apenas aos aspectos de políticas mas também aos processos de tomadas de decisão. Porém, não se trata apenas e tão somente de desenvolver a legitimidade de tais processos de tomadas de decisão visando alcançar a sustentabilidade,⁵²⁹ afinal este deveria ser um processo natural e automático, em razão da fragilidade e irreversibilidade do bem tutelado. O que se busca é o definitivo e inafastável comprometimento da comunidade internacional com o desenvolvimento sustentável, para garantir a manutenção da própria existência do planeta.

⁵²⁷ CENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO AMBIENTAL. **Proyecto de Pacto internacional relativo al derecho de los seres humanos al medio ambiente.** [S. l.]: CIDCA, 2017, p. 4.

⁵²⁸ UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.** A/73/188. 19 jul. 2018. New York: Unga, 2018, p. 7.

⁵²⁹ HEY, Ellen. Sustainable Development, Normative Development and the Legitimacy of Decision Making. **Netherlands Yearbook of International Law**, Den Haag, v. 34, p. 3-53, 2003, p. 11.

Então, poder-se-ia concluir que, por também ser expressão de um direito humano fundamental, o desenvolvimento sustentável é, por suas características de proteção duradoura ao ambiente, obrigação inerente ao próprio exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais. E mais: conforme já diagnosticado, o conceito de PSNR, que no passado era a obrigação de fazer com que as riquezas naturais fossem utilizadas para bem-estar do povo, sofreu visível mutação teleológica e hoje apresenta-se como garantia à comunidade internacional de que os recursos naturais estão sendo utilizados de forma sustentável e em benefício de todos.

3.6 SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E *CASE LAW*

O reflexo dos novos rumos da sustentabilidade pode ser verificado no robusto desenvolvimento normativo do direito ambiental internacional, especialmente nas últimas cinco décadas. Trata-se de um período em que os tratados mais relevantes sobre a proteção ao ambiente foram discutidos e firmados em âmbito mundial, inclusive sob os auspícios da própria UN. Além disso, testemunharam-se o surgimento e a estabilização de importantes princípios ambientais que hoje não apenas orientam e permeiam questões ambientais internacionais, exclusivamente, mas também são elementos marcantes de desenvolvimento do próprio direito internacional público.

Marcado pelo dinamismo de seus instrumentos, o direito ambiental internacional tem promovido, paulatinamente, uma mudança de paradigmas, passando de um posicionamento de reação a danos ambientais (responsabilidades, compensação) para um posicionamento de precaução. Nada mais pertinente, afinal, as questões ambientais requerem soluções coordenadas e coletivas, haja vista a nobreza dos bens envolvidos (vida e ambiente) e a ausência de fronteiras para a degradação, a poluição e os riscos ambientais *delicta juris gentium*.

O reflexo imediato dessa mudança de abordagem – claramente em rápida ascensão⁵³⁰ – é a nítida formação de um bem delimitado costume ambiental internacional, o qual, além de sedimentar o próprio direito ambiental internacional, desenvolve-o e incrementa-o, vislumbrado um ponto de convergência entre os mais variados instrumentos que regulam o tema na comunidade internacional.

⁵³⁰ Beyerlin classifica as normas de direito ambiental internacional como “*twilight*”, ou seja, normas “no crepúsculo”, pois, segundo ele, são incertas, de rápida ascensão e de difícil verificação. BEYERLIN, Ulrich. Different Types of Norms in International Environmental Law: policies, principles and rules. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 427.

Portanto, a identificação do costume (conforme já abordado no segundo capítulo) é mais um problema de percepção, de abrir os olhos para a situação fática, do que um problema teórico, eis que sua formação é verificada na reciprocidade emergente de dois elementos fundamentais: (i) a prática reiterada de certas normas entre (e intra) Estados e Organizações Internacionais; e (ii) a *opinio juris sive necessitatis*.⁵³¹

Com efeito, para a teoria convencional, revisitada por Koskenniemi,⁵³² o costume é formado pela simbiose entre ambos os elementos, em que a *opinio juris* é representada pelo elemento psicológico (aspecto interno, que a distingue da simples coerção), enquanto a prática reiterada dos Estados traduz-se no elemento material (aspecto externo, o propósito da norma, extraída a matriz subjetiva [política] do Estado – que pode ser variável no tempo).⁵³³

Assim, por basicamente congregarem os elementos que caracterizam o costume, o *case law* é uma ferramenta de grande utilidade para a análise da força, da hierarquia e da validade de normas e conceitos de direito em geral, sobretudo na aplicação (e aceitação) pela comunidade internacional do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, objeto deste estudo. Ou seja, o ambiente jurisdicional, além de naturalmente ser um fórum para discussões sobre o tema, torna-se um verdadeiro laboratório responsável por carrear o experimento de verificação dos requisitos da prática reiterada e da *opinio juris*, de grande importância para se determinar a existência de um costume.

Para Ian Brownlie, por exemplo, as decisões judiciais internacionais e nacionais, a correspondência diplomática, a prática de órgãos internacionais, os documentos produzidos pela ILC, dentre vários outros documentos, de maior ou menor complexidade, podem ser entendidos como evidência de costume.⁵³⁴

Assim, é interessante observar onde e como a soberania permanente sobre os recursos naturais foi discutida nos Tribunais internacionais e outros órgãos de exercício jurisdicional, buscando-se estabelecer as bases para a identificação (ou meramente uma evidência) da *opinio juris* e da prática reiterada.

⁵³¹ Ian Brownlie ainda adiciona como elementos, a duração e a consistência da prática. BROWNLIE, 1988, p.7.

⁵³² “*Conventional theory attempts to construct a theory of custom between the fully descending (natural law) and the fully ascending (treaty).*” KOSKENNIEMI, Martii. **From apology to utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge: Cambridge, 2009. p. 410.

⁵³³ *Ibid.*, p. 410.

⁵³⁴ BROWNLIE, 2003, p. 6.

3.6.1 Corte Internacional de Justiça

A seguir, os principais casos concernentes à análise da aplicação (ou ausência dela) da soberania permanente sobre os recursos naturais na Corte Internacional de Justiça.

3.6.1.1 *East Timor (Portugal vs Australia) – 1995*⁵³⁵

Em fevereiro de 1991, Portugal iniciou procedimentos no âmbito da ICJ em face da Austrália, contestando determinadas atividades desta em relação ao Timor-Leste.

O caso foi deflagrado visando responsabilizar a Austrália por desprezar os poderes administrativos de Portugal sobre o Timor-Leste – até então uma antiga possessão portuguesa e ocupado pela Indonésia⁵³⁶ –, além de infringir os direitos dos timorenses à sua autodeterminação, conforme previsões instituídas no então recém-firmado acordo entre Austrália e Indonésia em 1989, denominado Tratado do Timor Gap, o qual criou a Zona de Cooperação na área marítima entre a Província Indonésia do Timor-Leste e o norte da Austrália.

A submissão do caso à Corte, por Portugal, sustentou-se no argumento (unilateral) português de que ambos os Estados haviam aceitado a jurisdição compulsória do órgão, nos termos do art. 36, parágrafo 2, do Estatuto da ICJ.⁵³⁷

Entretanto, como a jurisdição da Corte é voluntária, a Austrália contra-argumentou com base na (in)admissibilidade da submissão lusitana, sustentando que Portugal não seria parte legítima para a disputa, e sim a própria Indonésia, bem como que, embora tenham aceitado a jurisdição compulsória da Corte, a Indonésia, ao contrário, não aceitou.

A pendência principal deste julgamento foi a identificação da jurisdição da Corte ao caso, conforme defendido por Portugal. Porém, após deliberações, a decisão foi no sentido de que, para a continuidade do julgamento sob seus auspícios, deveria ser analisada, inicialmente, a questão concernente à legalidade da entrada e permanência da Indonésia no

⁵³⁵ ICJ, 1995, p. 90.

⁵³⁶ O Timor-Leste, antiga colônia portuguesa e independente de Portugal desde maio de 1975, foi, logo em seguida, invadido pelo exército indonésio e anexado ao seu território.

⁵³⁷ “*The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:*

- a. *the interpretation of a treaty;*
- b. *any question of international law;*
- c. *the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;*
- d. *the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.”* ICJ, 1945.

Timor-Leste, legitimando-a (ou não) a firmar acordos internacionais sobre os recursos marinhos da plataforma continental timorense em nome deste país.

Nesse sentido, entendeu a Corte que não poderia admitir a submissão portuguesa, uma vez que a própria Indonésia deveria exercer seu consentimento, estabelecendo-se, então, o requisito primário para o exercício da jurisdição da Corte.

3.6.1.1.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

O conceito de soberania permanente pode ser verificado na opinião divergente do juiz Weeramantry. Embora limitado pela decisão procedimental de não dar continuidade ao seu pleito no âmbito da ICJ, Portugal buscou o reconhecimento da jurisdição da Corte utilizando a base argumentativa do direito do Timor-Leste à sua autodeterminação, integridade e unidade territorial e à soberania permanente sobre seus recursos naturais.

Em sua opinião divergente,⁵³⁸ o juiz Christopher Weeramantry (Sri Lanka) – embora concordando com parte da solução da Corte no tocante à inexistência dos requisitos para julgamento do mérito –, entendeu que a ICJ deveria enfrentar a conduta da Austrália sem a necessidade imperiosa de admitir a Indonésia como parte, uma vez que o princípio central de responsabilidade dos Estados em direito internacional é a responsabilidade individual por suas ações, pouco importando a existência da cumplicidade de outro Estado nessas ações.

Assim, divergindo do fato de que uma eventual decisão contra a Austrália envolveria, necessariamente, também uma decisão contra a Indonésia (terceiro Estado que não estava sob jurisdição da Corte), e uma vez que a Austrália havia empregado ações para negociar, concluir e aperfeiçoar o Tratado Timor Gap, Weeramantry reconheceu a jurisdição da Corte com base na conduta unilateral deste país.

Destaque do voto dissidente, a abordagem do exercício da soberania permanente foi no sentido de reconhecê-la como *erga omnes*, expressão da autodeterminação do povo de Timor-Leste, classificada por Weeramantry como norma peremptória de direito internacional geral e, nessa capacidade, dever correspondente a todos os Estados de reconhecer e respeitar tais direitos.⁵³⁹

Com efeito, o voto dissidente estabeleceu importantes contrapontos ao Tratado Timor Gap, o qual regulamenta a exploração, o desenvolvimento e a disposição dos recursos naturais

⁵³⁸ ICJ, 1995. Dissenting opinion of judge Weeramantry.

⁵³⁹ “*The rights of self-determination and permanent sovereignty over natural resources are rights erga omnes belonging to the people of East Timor, and therefore generate a corresponding duty upon all States, including the Respondent, to recognize and respect those rights.*” *Ibid.*, p. 221.

do Timor-Leste, especificando detalhadamente como seria conduzido por Austrália e Indonésia, em claro confronto com a autodeterminação timorense, excluída da decisão de autorizar, restringir ou proibir o avanço dos vizinhos em reação aos seus próprios recursos naturais. Assim, defendeu Weeramantry que as partes signatárias agiram em violação à soberania permanente sobre os recursos naturais pertencentes exclusivamente ao Timor-Leste.

Ademais, como observou Weeramantry, ao descrever o Timor-Leste como uma mera província Indonésia, sem o consentimento do seu povo e sem consultá-lo quanto ao gerenciamento das riquezas naturais, comprometendo-as e as alienando, o Tratado Timor Gap e as nações signatárias agiram em contrassenso às obrigações impostas pelos princípios gerais de direito internacional.

Para Weeramantry, nem mesmo o fato de que o Timor-Leste, naquele momento, ainda não desfrutava da soberania (clássica) – eis que estava em vias de independência de Portugal –, deveriam ser reservados seus direitos e acessos a esses recursos, pois, uma vez estando o Timor Gap em plena operação, uma grande parcela das riquezas naturais pertencentes ao povo do Timor-Leste poderia estar para sempre perdida. Nas palavras do juiz: “Isto seria uma perda de um significativo segmento de soberania dos povos”⁵⁴⁰ e uma clara ofensa à Resolução Unga nº 1803/1962 (XVII), a qual prevê que a PSNR é o direito inalienável de todos os Estados em dispor livremente de suas riquezas naturais de acordo com os interesses nacionais.

É interessante observar a sagacidade do voto dissidente, pois, embora criado em um ambiente propício à saída pela tangente (em virtude do Timor-Leste ainda não desfrutar de plena independência e estar ocupado pelo exército Indonésio à época), o juiz considera a importância do bem tutelado para o futuro dos timorenses e defende a inteligência da doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais, a qual, segundo ele, também protege os recursos de um povo ainda em vias de conquistar plenamente sua autodeterminação.⁵⁴¹

O significativo voto de Weeramantry, que se tornou um marco da compreensão e aplicação do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, pode ser resumido na seguinte lição do magistrado durante a exposição do voto:

Como resultado, reafirmaria a importância do direito do povo de Timor-Leste à autodeterminação e à soberania permanente sobre os recursos naturais, e frisaria que, em relação a direitos tão importantes para o direito internacional contemporâneo, o dever de respeito para com eles se estende do mero reconhecimento até o dever de abster-se de qualquer ação do Estado que seja incompatível com esses direitos ou

⁵⁴⁰ “*This would be a loss of a significant segment of the sovereignty of the people.*” ICJ, 1995, p. 198.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 118. Dissenting opinion.

que os prejudique ou anule. Por este padrão, a ação da Austrália ao entrar no Tratado Timor Gap pode ser incompatível com os direitos do povo de Timor-Leste.⁵⁴²

De qualquer forma, embora tenha figurado no caso à margem do julgamento principal do caso Timor-Leste (Portugal x Austrália), é necessário compreender e valorizar o voto dissidente do juiz Weeramantry. A sensibilidade no tratamento dos interesses presentes e futuros de um povo com um passado de subjugo colonialista e de opressão pelo uso da força, o qual estava em vias de finalmente desfrutar de liberdade e reaver o controle sobre seus desígnios, merece destaque no âmbito dos julgamentos da Corte até hoje.

3.6.1.2 *Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory – 2003*

A Segunda Intifada, ocorrida em setembro de 2000, foi um movimento popular palestino que ficou caracterizado por levantes espontâneos contra Israel, após a visita – tida como provocativa pelo lado palestino – do líder israelense Ariel Sharon até à Esplanada das Mesquitas e ao Monte do Templo, em Jerusalém, ambos locais considerados sagrados para judeus e muçulmanos.

Como previsto, a fatídica visita desencadeou uma série de violentas manifestações e protestos, também combatidas de forma violenta pelas tropas israelenses, com utilização de tanques, artilharia aérea e mísseis lançados de um lado a outro pelos combatentes.

Então, sob o argumento de proteger as tropas das constantes invasões e ataques terroristas a partir dos arredores de Jerusalém Oriental e da Cisjordânia,⁵⁴³ Israel iniciou a construção de um muro além da Linha Verde,⁵⁴⁴ fronteira entre Israel, Egito, Síria e Jordânia, estabelecida no Armistício Israel-Árabes, de 1949.

Pelo lado dos palestinos, houve uma grande resistência à construção do muro, o qual era visto como agressão israelense e tomada de território palestino à força, estabelecendo uma nova fronteira, com aumento ilegítimo de território para Israel.

⁵⁴² “In the result, I would reaffirm the importance of the right of the people of East Timor to self-determination and to permanent sovereignty over natural resources, and would stress that, in regard to rights so important to contemporary international law, the duty of respect for them extends beyond mere recognition, to a duty to abstain from any State action which is incompatible with those rights or which would impair or nullify them. By this standard, Australia’s action in entering into the Timor Gap Treaty may well be incompatible with the rights of the people of East Timor”. ICJ, 1995, p. 198.

⁵⁴³ Posteriormente ocupada por Israel em 1967.

⁵⁴⁴ Cor da linha nos mapas durante as negociações da divisão.

Sob clima de grande tensão e em meio a frustradas tratativas de paz, em dezembro de 2003, a Angu adotou a Resolução ES-10/14, a partir da Décima Sessão Especial de Emergência, requerendo à ICJ um parecer sobre a questão, nestes termos:

Quais são as consequências jurídicas advindas da construção do muro que está sendo erguido por Israel, a Potência Ocupante, no Território Palestino Ocupado, incluindo o interior e os arredores de Jerusalém Oriental, tal como descrito no relatório do secretário-geral, considerando-se as regras e os princípios do direito internacional, incluindo a Quarta Convenção de Genebra de 1949, e as resoluções relevantes do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral?

As manifestações orais na Corte foram realizadas de 23 a 25 de fevereiro de 2014, e o Parecer Consultivo foi submetido à Unga em 9 de julho de 2004, que manifestou decisão quase unânime na maioria das questões analisadas individualmente.⁵⁴⁵

A questão levada à ICJ, versando sobre a legalidade da construção do muro por Israel no Território Palestino Ocupado, foi analisada sob a ótica dos princípios de direito internacional previstos na própria Carta das Nações Unidas, como a proibição do uso da força na aquisição de territórios (reafirmada na Resolução 2.625/1970 [XXV])⁵⁴⁶ e o princípio da autodeterminação dos povos.

Concluiu a Corte que, em relação ao princípio do direito dos povos à autodeterminação, havia um povo palestino, reconhecido por Israel, bem como os direitos legítimos desse povo. Assim, o projeto do muro, conforme fixado pelo governo israelense, incluía no interior da ‘Área Fechada’, constituída pela Cisjordânia entre a Linha Verde e o muro, cerca de oitenta por cento dos colonos que viviam no Território Palestino Ocupado, tendo sido traçada de modo a incluir, dentro dessa área, a grande maioria dos assentamentos israelenses – prática que contraria o art. 49, parágrafo 6º, da Quarta Convenção de Genebra.⁵⁴⁷

Assim, ao afirmar que os assentamentos israelenses no Território Palestino Ocupado (incluindo Jerusalém Oriental) foram estabelecidos em violação ao direito internacional (anexação *de facto*), a ICJ entendeu que a construção do muro impedia o exercício da autodeterminação pelo povo palestino e era uma ofensa às obrigações inerentes aos direitos humanos. Sob esses argumentos levantados pela Corte, Israel, então, deveria cessar os

⁵⁴⁵ 14 votos a 1, sendo o voto dissidente do juiz Thomas Buergenthal, de nacionalidade tcheca, professor na George Washington University Law School e sobrevivente do holocausto.

⁵⁴⁶ UN, 1970.

⁵⁴⁷ “A Potência Ocupante não deportará ou transferirá partes de sua própria população civil aos territórios que ela ocupa.” UNITED NATIONS. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949. In: UNITED NATIONS. **Fourth Geneva Convention of 1949**. New York: UN, 1949. p. 163-228.

trabalhos de construção do muro e desmanchar as partes da estrutura que estivessem situadas no Território Palestino Ocupado.

3.6.1.2.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

Conforme já analisado anteriormente, a soberania permanente sobre os recursos naturais já havia sido tema de algumas Resoluções na Unga, que trataram especificamente dos recursos naturais dos Territórios Ocupados Palestinos e outros territórios árabes, a exemplo da 27ª Sessão (1972), cujo Relatório do Comitê Político Especial assim afirmou “[...] o princípio da soberania da população dos territórios ocupados sobre seus recursos naturais” (Resolução nº 3.005/1972 (XXVII)).

Em 1981, por meio da Resolução 36/173, a Unga requereu ao secretário-geral a preparação do Relatório sobre as implicações da ocupação de Israel nos Territórios Ocupados sob a ótica das Resoluções da um que versassem sobre PSNR. E, em 17 de dezembro de 1982, pela Resolução 37/135, a Unga requereu que o Relatório fosse submetido à 38ª Sessão da UN.

Assim, em 1983, por ocasião da 38ª Sessão da Unga, foi apresentado o Relatório do Conselho Econômico e Social, intitulado *Implications, under international law, of the United Nations resolutions on permanent sovereignty over natural resources, on the occupied Palestinian and other Arab territories and on the obligations of Israel concerning its conduct in these territories*,⁵⁴⁸ já abordado no presente capítulo.

Como se pode ver, a soberania permanente sobre os recursos naturais está intrinsecamente conectada à questão do Território Palestino Ocupado, sendo objeto de estudo no âmbito da Unga desde a década de 1970.

Como parte do procedimento ao encargo da ICJ, qual seja, o Parecer sobre a construção do muro israelense no Território Palestino Ocupado, a Liga Árabe apresentou Manifestação Escrita⁵⁴⁹ em 28 de janeiro de 2008, opinando pela ilegalidade da construção e aludindo, entre outros princípios e costumes, ao direito do povo palestino à soberania permanente sobre os recursos naturais.⁵⁵⁰

Os principais pontos da manifestação árabe podem ser assim destacados:

⁵⁴⁸ UNITED NATIONS. **Implications, under international law, of the United Nations resolutions on permanent sovereignty over natural resources, on the occupied Palestinian and other Arab territories and on the obligations of Israel concerning its conduct in these territories: report of the Secretary-General.** Report of the Economic and Social Council. A/38/265, New York: United Nations, 21 jun. 1983.

⁵⁴⁹ ICJ, 2004, Written Statement of the League of Arab States.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 73.

- A soberania permanente sobre os recursos naturais é um elemento essencial ao exercício da soberania e da autodeterminação, reconhecido na Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVIII) e presente nas Convenções sobre Direitos Humanos;
- O termo ‘permanente’ significa que se tratar de direito inalienável e, como tal, reflete a natureza peremptória desta norma;
- A PSNR constitui o princípio-chave do direito econômico internacional e do direito ambiental internacional, ambos mesclados com a promoção do desenvolvimento sustentável;
- A Unga, oportunamente, já havia aplicado a PSNR aos povos e territórios ocupados, à dominação estrangeira ou ao *apartheid* em 15 de dezembro de 1972, em respeito à população dos territórios ocupados por Israel. Desde então, uma série de Resoluções haviam sido editadas, todas elas prestigiando a PSNR no Território Palestino Ocupado, abordando os recursos naturais que passaram a fazer parte das riquezas naturais e das atividades econômicas israelenses, incluindo as terras e a água;
- Pela então recente Resolução nº 58/229, de 25 de fevereiro de 2004,⁵⁵¹ *Permanent sovereignty of the Palestinian people in the occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources*”, a Unga reafirmou (i) a soberania dos povos sob ocupação estrangeira em relação a seus recursos naturais; (ii) expressou sua preocupação em relação à extensiva destruição, por parte de Israel, das terras cultiváveis e dos pomares no Território Palestino Ocupado, incluindo uma vasta quantidade de oliveiras arrancadas pelo Poder Ocupante; e (iii) demonstrou estar ciente do impacto dos assentamentos israelenses sobre os recursos naturais árabes e palestinos, especialmente o confisco de terra e a transposição de recursos hídricos, além das terríveis repercussões socioeconômicas inerentes;
- Ainda quanto à Resolução nº 58/229/2004, a Unga (i) reafirmou o direito inalienável do povo palestino e da população das Colinas de Golan aos seus recursos naturais, incluindo a água e a terra; (ii) determinou que Israel não explorasse, causasse perdas ou o esgotamento dos recursos naturais no Território Palestino Ocupado; e (iii) reconheceu o direito do povo palestino a requerer restituição ou compensação sobre eventuais prejuízos infligidos aos seus recursos naturais;

⁵⁵¹ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 58/229**. Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources. A/RES/58/229, 23 dez. 2003. New York, UN, 2003.

- Por fim, que os votos em favor dos Territórios Palestinos Ocupados refletiram o consenso entre os membros da UN de que o muro é uma violação direta ao direito inalienável de soberania permanente sobre os recursos naturais do povo palestino.

Conforme se evidencia no trecho destacado acima, boa parte da Manifestação da Liga Árabe perante a ICJ foi fortemente baseada na preocupação com os aspectos ambientais inerentes ao território ocupado, invocando-se a PSNR como um conceito essencial para a sobrevivência da população ocupante da área. A base ideológica do documento diz respeito, sobretudo, às Resoluções amplamente abordadas na UN pela própria Assembleia Geral, cujo tema (PSNR) fora especificamente tratado pela Organização no decorrer das décadas.

Estranhamente, no entanto, o Parecer da Corte sobre a ilegalidade da construção do muro não dedicou sequer uma nota à soberania permanente sobre os recursos naturais, centralizando a questão na autodeterminação do povo palestino e na violação deste princípio e dos direitos humanos pelo governo israelense. Porém, ao aprimorar-se o raciocínio sobre o caso, pode-se compreender a importância do conceito de PSNR e sua aplicação ao caso, mesmo que revestido do formato amplo de autodeterminação dos povos, em seus mais variados aspectos, mormente o econômico-ambiental.

3.6.1.3 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo vs Uganda) – 2005*⁵⁵²

A guerra envolvendo a República Democrática do Congo (RDC) e Uganda na África subsaariana – também denominada a Grande Guerra Africana – foi expressão máxima de uma turbulência sócio-político-cultural sem precedentes no território africano.

Nos anos anteriores, o mundo já havia testemunhado, estarrecido, o genocídio *tutsi* em Ruanda (1994) e todas as catastróficas consequências humanitárias perpetradas pela maioria étnica da região, os *hutus*, resultando em uma diáspora daqueles para o nordeste do Zaire (atual RDC) e uma posterior migração de milícias *hutus* para a fronteira entre os dois países, intensificando o conflito já em ação na região.

Eis um breve relato do momento político em 1998: Mobutu Sese Seko, então ditador do Zaire, foi deposto pelos *tutsis* e substituído por Laurent-Désiré Kabila, o qual era seu principal opositor e líder guerrilheiro de uma milícia que visava à libertação do Zaire do antigo ditador. Assim, o país passou a adotar a alcunha de República Popular do Congo (RPC), sob a liderança Kabila.

⁵⁵² ICJ, 2005, p. 168.

Entretanto, a realidade que se viu não foi a de reconstrução e pacificação do país pela ascensão de um novo líder. Ao contrário, o conflito se intensificou, devido à insatisfação do povo, levando ao surgimento de milícias rebeldes, apoiadas tanto por Ruanda quanto por Uganda, unidas na missão de derrubar Kabila do poder congolês. E não se tratava de simples tarefa: Kabila possuía boas relações com governos aliados, como Angola, Zimbábue e Namíbia, os quais já lhe haviam manifestado apoio, se necessário fosse.

Essa disputa pelo poder, que até então concentravam-se no leste da RDC, acabou por se estender a uma porção ainda maior de seu território, devido a interesses político-econômico das nações participantes da guerra na PRC (estrategicamente na África Central), bem como às suas jazidas minerais, ricas em cobre, ouro e cobalto.

Diante desse cenário de grande instabilidade, ganância e busca por poder, as nações iniciaram uma batalha entre si, baseada em ações de milícias, cada qual apoiando uma facção diferente do grupo rebelde denominado Cooperativa para o Desenvolvimento do Congo (*Cooperative for Development of the Congo – Codeco*), fragmentando ainda mais a nação e dizimando a população local. Com efeito, o panorama do conflito somente foi alterado quando, em 16 de janeiro de 2001, Kabila foi assassinado e seu filho Joseph Kabila assumiu o poder. Essa alteração política e de poder amenizou os confrontos, resultando na concordância dos governos de Ruanda e Uganda em desarmar suas milícias atuantes no território da RPC.

Quanto ao caso em si, verificou-se que a ação da Força de Defesa Popular de Uganda (FDPU) no combate direto entre os dois países foi caracterizada por incursões ilegítimas, perpetradas além da fronteira com a RDC, entre os anos 1990 e o início de 2000. E, como era de conhecimento geral, as tropas ugandenses cometeram abusos de toda ordem contra as populações locais, especificamente lesando os direitos humanos da população que habitava o território da RPC.

Assim, em 23 de março de 1999, a RDC iniciou procedimento na ICJ visando à responsabilização de Uganda, Burundi e Ruanda⁵⁵³ pelos atos de agressão armada perpetrados pela Uganda no território congolês, em flagrante violação à Carta das Nações Unidas e à Carta da Organização da União Africana.

Além da denúncia sobre a violenta agressão ugandense, especialmente pela FDPU, o Congo perseguiu reparação pelos atos de destruição e pilhagem intencional do país vizinho, bem como a restituição de propriedade nacional e dos recursos ilegítimamente apropriados para benefício próprio do invasor.

⁵⁵³ Apresentada desistência após início do procedimento quanto à inclusão de Burundi e Ruanda no polo passivo.

A base normativa indicada pelo Congo para delimitar a jurisdição da Corte foi a seguinte: o Art. 36, parágrafo 1º, e o Art. 38, parágrafo 5,⁵⁵⁴ do Estatuto da Corte (1978), a Convenção de New York contra Tortura e Outras Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984) e a Convenção de Montreal para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971).

Em 1º de julho de 2000, a ICJ ordenou que as duas partes cessassem qualquer ação armada que pudesse prejudicar uma à outra ou mesmo agravar a disputa, além de tomar todas as medidas necessárias para o cumprimento das obrigações contraídas com base no direito internacional, bem como para assegurar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais e a aplicação de provisões de direito humanitário.

Em suas alegações à Corte, Uganda argumentou que as agressões foram cometidas, em verdade, pelo Congo, como atos de agressão em geral aos cidadãos ugandenses e ataques a instalações diplomáticas e seus funcionários em Kinshasa.

No julgamento, entendeu a Corte que, no período anterior a agosto de 1998, o Congo não apresentara objeções à presença ou às atividades envidadas por tropas ugandenses na área da fronteira ocidental congoleza. À época, ambas as nações haviam concordado que seus respectivos exércitos deveriam cooperar, visando assegurar a segurança e paz ao longo da fronteira. A Corte ainda sustentou que não houve consentimento geral do Congo para que as forças ugandenses se engajassem em atividades militares em seu território, mas tão somente ações direcionadas a repelir os rebeldes, que estavam em atividades ilícitas na fronteira comum entre os dois Estados.

Com efeito, a compreensão da Corte foi no sentido de negar a tese de legítima defesa apresentada por Uganda, considerando o tempo e a magnitude da intervenção militar no país vizinho, o que foi considerado uma grave ofensa ao direito internacional dos direitos humanos, ao direito internacional humanitário, ao princípio do não uso da força nas relações internacionais⁵⁵⁵ e ao princípio da não agressão.

De uma forma geral, a Corte entendeu que, como Poder Ocupante em parte do território estrangeiro (região de Ituri), Uganda estaria obrigada⁵⁵⁶ a observar todas medidas a seu alcance para restaurar e assegurar a segurança pública e a ordem na área ocupada, respeitando as leis em vigor no Congo – o que não foi observado pelo país agressor.

⁵⁵⁴ Consenso das partes.

⁵⁵⁵ Artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas.

⁵⁵⁶ Art. 43 da Conferência da Paz de Haia (1907).

Quanto ao aspecto referente à agressão ambiental perpetrada por Uganda – interesse do presente estudo –, determinou a Corte que havia evidências críveis para se concluir que as forças militares de Uganda, incluindo oficiais de alta patente, pilharam, saquearam e exploraram os recursos naturais congolezes, deixando de tomar qualquer atitude para evitar estes atos de agressão ao ambiente, embora não tenham sido encontradas evidências de que se tratava de uma ordem direta ou política governamental orquestrada exclusivamente para acesso e exploração dos recursos naturais.

3.6.3.1.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

O caso é emblemático para delimitar a natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, pois, segundo expressamente manifestado pela ICJ, a PSNR adquiriu *status* de costume de direito internacional – ou seja, um passo para compreendê-la como *jus cogens*.

A relevância deste conhecido *case* na ICJ é, *prima facie*, a agressão pela força de um Estado soberano a outro. Entretanto, um aspecto de destaque neste julgamento foi a alegada exploração ilegal dos recursos naturais congolezes por Uganda, quando, segundo denúncia da RPC, as tropas da FDP e grupos rebeldes nacionais sistematicamente saquearam e exploraram os bens e os recursos naturais daquele Estado, a partir de agosto de 1998.

Com efeito, o argumento da RPC repousava no dever de vigilância e na obrigação de Uganda em tomar todas as medidas necessárias para assegurar que sua força militar, os nacionais e grupos sob seu controle respeitassem a soberania permanente sobre os recursos naturais da nação ocupada. Inobstante, segundo o Congo, houve transgressão dessa obrigação de direito internacional pela exploração ilegal de recursos naturais por parte de empresas, indivíduos, movimentos rebeldes e pelo próprio exército de Uganda – inclusive por seus oficiais mais graduados.

Assim, a RPC requereu que a Corte declarasse:⁵⁵⁷

3. Que a República de Uganda, ao envolver-se na exploração ilegal dos recursos naturais congolese, ao pilhar os seus bens e riqueza, ao não tomar as medidas adequadas para impedir a exploração ilegal dos recursos da RDC por pessoas sob a sua jurisdição ou controle e/ou deixar de punir pessoas sob sua jurisdição ou controle que tenham praticado os atos acima mencionados, violou os seguintes princípios do direito convencional e consuetudinário:
- as regras aplicáveis do direito internacional humanitário;
 - respeito pela soberania dos Estados, inclusive sobre seus recursos naturais;
 - o dever de promover a realização do princípio da igualdade dos povos e do seu direito à autodeterminação e, conseqüentemente, abster-se de expor os povos à subjugação, dominação ou exploração estrangeira;
 - o princípio de não ingerência em assuntos de jurisdição interna dos Estados, inclusive assuntos econômicos.

Em sua defesa, Uganda argumentou que não violou seu dever de vigilância e que seus oficiais e soldados agiram por conta própria e contrariamente às ordens superiores, excedendo sua autoridade. E ainda que eventuais atividades ilícitas foram perpetradas por grupos de rebeldes congolese, sobre os quais não exercia qualquer poder.

No aspecto teórico, defendeu que não violou a soberania permanente sobre os recursos naturais congolese e que este conceito não seria aplicável ao caso, eis que “[...] foi moldado em um contexto histórico preciso (o da descolonização) e tem um propósito muito preciso”.⁵⁵⁸

Com efeito, em suas conclusões, a Corte abordou a questão da (in)aplicabilidade do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, nestes termos:

244. O Tribunal considera que não pode sustentar a alegação da RDC de que Uganda violou o princípio da soberania da RDC sobre seus recursos naturais (ver parágrafo 226 acima). A Corte recorda que o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais está expresso na Resolução nº 1.803 (XVII) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1962, e foi posteriormente elaborado na Declaração sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional (Resolução nº 3.201 da Assembleia Geral (S.VI), de 1 de maio de 1974) e a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução da Assembleia Geral nº 3.281 (XXIX), de 12 de dezembro de 1974). Embora reconhecendo a importância deste princípio, que é um princípio de **direito internacional consuetudinário**, a Corte observa que não há nada nessas resoluções da Assembleia Geral que

⁵⁵⁷ “3. *That the Republic of Uganda, by engaging in the illegal exploitation of Congolese natural resources, by pillaging its assets and wealth, by failing to take adequate measures to prevent the illegal exploitation of the resources of the DRC by persons under its jurisdiction or control, and/or failing to punish persons under its jurisdiction or control having engaged in the above-mentioned acts, has violated the following principles of conventional and customary law:*

- *the applicable rules of international humanitarian law;*
- *respect for the sovereignty of States, including over their natural resources;*
- *the duty to promote the realization of the principle of equality of peoples and of their right of self-determination, and consequently to refrain from exposing peoples to foreign subjugation, domination or exploitation;*
- *the principle of non-interference in matters within the domestic jurisdiction of States, including economic matters”*. ICJ, 2005, p. 222.

⁵⁵⁸ “[...] *was shaped in a precise historical context (that of decolonization) and has a very precise purpose”*. *Ibid.*, p. 247.

sugira que elas sejam aplicáveis à situação específica de saque, pilhagem e exploração de certos recursos naturais por membros do exército de um Estado que intervenha militarmente noutro Estado, objeto da terceira petição da RDC. O Tribunal não acredita que este princípio seja aplicável a este tipo de situação.⁵⁵⁹ (grifo nosso).

Duas questões essenciais emergem do trecho das conclusões acima destacado. Em uma interpretação mais instrumental, a ICJ deu razão ao entendimento de Uganda sobre a inaplicabilidade do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais ao caso concreto, por não estar expressamente previsto nas Resoluções da Assembleia Geral a hipótese de aplicação em casos de pilhagem, saque ou exploração de recursos naturais por membros de forças armadas de um Estado que militarmente intervenha em outro.

Portanto, a Corte estabeleceu que, na hipótese de um conflito armado, o Estado agressor agiu em violação ao *jus in bello*, o qual regula a conduta dos exércitos durante a ocupação de território estrangeiro. Assim, a soberania permanente sobre os recursos naturais não seria aplicável ao caso, embora a ICJ admita que os atos e as omissões dos membros da força militar de Uganda são de sua responsabilidade internacional em quaisquer circunstâncias e que a FDPU pilhou,⁵⁶⁰ saqueou e explorou os recursos naturais da RPC, território sob seu jugo.

Entretanto, não poderia passar despercebido o entendimento expressamente firmado pela Corte em suas conclusões, de grande relevância para a compreensão da natureza jurídica do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais. Ao concluir que a PSNR é reconhecida pela Corte devido à sua importância e que se trata de um ‘princípio de direito internacional consuetudinário’, expressamente demonstra um tratamento diferenciado ao conceito, conferindo-lhe características de prática reiterada e *opinio juris*, sendo este um passo fundamental em direção à conclusão de que se trata de norma inderrogável de direito internacional geral.

⁵⁵⁹ “244. The Court finds that it cannot uphold the contention of the DRC that Uganda violated the principle of the DRC’s sovereignty over its natural resources (see paragraph 226 above). The Court recalls that the principle of permanent sovereignty over natural resources is expressed in General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962 and further elaborated in the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (General Assembly resolution 3201 (S.VI) of 1 May 1974) and the Charter of Economic Rights and Duties of States (General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974). While recognizing the importance of this principle, which is a principle of customary international law, the Court notes that there is nothing in these General Assembly resolutions which suggests that they are applicable to the specific situation of looting, pillage and exploitation of certain natural resources by members of the army of a State militarily intervening in another State, which is the subject-matter of the DRC’s third submission. The Court does not believe that this principle is applicable to this type of situation.” ICJ, 2005, p. 87.

⁵⁶⁰ O Art. 47 da Hague Regulations of 1907 e o Art. 33 da Fourth Geneva Convention of 1949 proibem a pilhagem.

A compensação financeira à RPC foi determinada pela Corte em US\$ 325 milhões, mesmo que, inicialmente, o pedido tenha sido de US\$ 1.043.563.809 por danos aos recursos naturais e de US\$ 10 bilhões por danos pessoais e à macroeconomia.

3.6.2 Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos

No âmbito da International Centre for Dispute Resolution (ICDR), dois casos icônicos em matéria de investimentos: o *case Pac Rim Cayman LLC vs Republic of El Salvador* – 2012, com a participação do Centro de Direito Ambiental Internacional (Center for International Environmental Law – Ciel) como *amicus curie* de El Salvador, e o *case El Paso Energy International Co. vs Argentina* – 2015, o qual contou com a opinião legal de Muthucumaraswamy Sornarajah, reconhecido autor de obras em direito internacional sobre investimentos estrangeiros. Em ambos os casos, mesmo que transversalmente, a soberania permanente sobre os recursos naturais foi mencionada, conforme se verifica a seguir

3.6.2.1 *Pac Rim Cayman LLC vs Republic of El Salvador* – 2012⁵⁶¹

Entre os anos de 2002 e 2008, duas subsidiárias da empresa Pacific Rim Mining Corporation (Pac Rim) localizadas em El Salvador obtiveram licenças para exploração de minérios, notadamente na região de Cabañas, uma das regiões mais pobres do país.

Em 2004, durante a execução do projeto *El Dorado*, a empresa constatou que o solo era rico em reservas de ouro e buscou converter sua licença de exploração, com vencimento em 2005, para uma concessão estatal de exploração pelos próximos anos.

Segundo a legislação salvadorenha, o requerimento de concessão de áreas de minério deveria ser instruído com documentos específicos, como a permissão ambiental fornecida pelos órgãos governamentais e o consentimento expresso dos proprietários das terras localizadas na área a ser explorada.

Ocorre que a Pac Rim não logrou êxito em fornecer os referidos documentos, mesmo após uma tentativa de alteração da Lei Nacional de Mineração de El Salvador em 2005 (rejeitada em 2008), resultando na negativa da concessão pretendida em 2009.

Irresignada, em 30 de abril de 2009, a *Pac Rim* iniciou procedimentos arbitrais no Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (International Centre for

⁵⁶¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12. [S. l.: s. n.], 2012.

Settlement of Investment Disputes – ICSID) contra El Salvador, com base na Lei de Investimentos salvadorenha e no Acordo de Livre Comércio República Dominicana – América Central – Estados Unidos (*Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement – CAFTA*), requerendo indenização de cerca de US\$ 314 milhões, devido à violação de obrigações por parte do país, com base no direito salvadorenho e no direito internacional.

O caso foi decidido contrariamente às pretensões do requerente pelo Tribunal da ICSID, o qual prestigiou a lei salvadorenha em vigência e verificou a inaptidão da Pac Rim para a mineração da área e, logo, para a indenização pretendida, ordenando o pagamento de US\$ 8 milhões de sucumbência em favor de El Salvador.

Interessante notar a participação do Centro de Direito Ambiental Internacional (Center for International Environmental Law – Ciel) como *amicus curie* de El Salvador, o qual argumentou, em síntese, que as medidas adotadas pelo governo salvadorenho em relação a *El Dorado* estavam de acordo com suas obrigações internacionais de direitos em relação aos direitos humanos e ao ambiente.⁵⁶²

3.6.2.1.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

É interessante observar a participação do Ciel como *amicus curiae*, representando a organização Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador (*La Mesa*),⁵⁶³ composta por vários segmentos da sociedade salvadorenha.

Com efeito, em sua manifestação, denominada *The public interest defined on the basis of respect for human rights limits and legitimizes the permanent sovereignty of the State over*

⁵⁶² “As stated by the Human Rights Council, ‘environmental damage can have negative implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of human rights’. It is evident that to avoid the negative consequences of environmental damage, an appropriate legal framework establishing suitable legal requirements is essential. In this regard the legal requirements for a mining concession must ensure respect for internationally recognized human rights”. ICSID, 2012, p. 4. Submission of *amicus curiae* brief on the merits of the dispute.

⁵⁶³ *Asociación de Comunidades para el Desarrollo de Chalatenango (saúde, educação), fundada em 1988 e atuante em áreas de saúde comunitária, educação e direitos humanos; Asociación de Desarrollo Económico y Social (Ades), fundada em 1993, em Sensuntepeque, cidade mais importante próxima à mina El Dorado; Asociación Fundación para la Cooperación y el Desarrollo Comunal de El Salvador (Cordes), promove desenvolvimento sustentável, gênero e conservação ambiental em ambientes de guerra civil; Asociación para El Desarrollo de El Salvador (Adeses), fundada em 1984, no ápice da guerra civil, atuante na comunidade em 270 comitês locais de mulheres e 250 de jovens na metade dos departamentos salvadorenhos; Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (Fespad), centro de apoio social, legal e político, dedicado a proteção de direitos humanos; Unidad Ecológica Salvadoreña, ONG em defesa da natureza, da participação equalitária de homens e mulheres na sociedade e de melhorias na qualidade de vida. Ibid., loc. cit.*

natural resources, fica evidenciada uma importante *opinio juris* sobre o conceito, cuja intervenção no caso em análise foi pontual para a aplicação da PSNR ao caso.

Basicamente, o Ciel defendeu que a PSNR encontrou suporte no próprio direito internacional de direitos humanos – particularmente na autodeterminação dos povos –, o qual é caracterizado pelo *status de jus cogens*⁵⁶⁴.

A manifestação é sagaz ao compreender que o exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais, inicialmente concebida como uma obrigação internacional relacionada ao uso das riquezas naturais no interesse das nações em desenvolvimento, hoje encontra limitações nos direitos humanos e no direito ao ambiente sadio, conforme analisado no presente capítulo. Ou seja, a compreensão do Ciel é de que realmente há um dever inerente ao exercício da PSNR, a saber, o desenvolvimento sustentável.

Por fim, o Ciel defende a ideia de que, no presente caso, a voz das comunidades locais, dos movimentos sociais e das ONGs adquirem relevância central na determinação do interesse público. especialmente em El Salvador, país que enfrenta escassez de água e grande densidade populacional, cujo debate sobre o uso dos recursos naturais e da proteção do ambiente tem levado o governo a proteger a população das ameaças da indústria extrativa. Com efeito, defende o Ciel que o direito internacional sobre investimentos estrangeiros não deveria constituir um obstáculo para o desenvolvimento sustentável.⁵⁶⁵

3.6.2.2 *El Paso Energy International Co. vs Argentina – 2015*⁵⁶⁶

No caso El Paso Energy contra a Argentina, também sob auspícios do ICSID, a empresa buscou arbitragem para solução do que compreendeu como “[...] a retirada, pela Argentina, das garantias e salvaguardas sob a estrutura legal em que El Paso se baseou para investir em indústrias de eletricidade e de hidrocarbonos”.

Em junho de 2003 a empresa incorporada nos Estado Unidos (Delaware) El Paso Energy registrou requerimento para arbitragem, alegando violação, pela Argentina, ao *Bilateral Investment Treaty* (BIT)⁵⁶⁷ denominado Tratado de Incentivo e Proteção Recíproca do Investimento entre a República Argentina e os Estados Unidos da América (1991), aos contratos de concessão de hidrocarbonos e à própria Constituição Federal argentina.

⁵⁶⁴ ICSID, 2012, p 15.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p 18.

⁵⁶⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic**. ICSID Case No. ARB/03/15, Award 168, 31 out. 2011. [*S. l.: s. n.*], 2011.

⁵⁶⁷ Em geral, os tratados bilaterais que versam sobre investimentos são conhecidos como BITs.

Em suas conclusões, entendeu o Tribunal arbitral que a Argentina infringiu o Art. II (2) do BIT por não conceder tratamento equitativo ao investimento da El Paso e fixou indenização em cerca de US\$ 43 milhões, com juros a partir de 2002.

3.6.2.2.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

No caso em análise o ICSID solicitou a opinião legal de Muthucumaraswamy Sornarajah, autor de obras em direito internacional sobre investimentos estrangeiros.

Em suas considerações, Sornarajah abordou as implicações da soberania permanente sobre os recursos naturais ao caso, estabelecendo que o direito ao uso e à exploração dos recursos naturais de um país podem ser transferidos por meio contratual, porém, da mesma forma, podem ser revogados diante de circunstâncias em que essa transferência afeta o interesse público. No caso El Paso, expõe, se os direitos decorrentes de Tratados ou contratos são violados, a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais permite tal medida, desde que esteja em consonância com o interesse público e seja tomada em relação a recursos como o petróleo, por exemplo. Neste caso, observa Sornarajah, haveria até mesmo a validação de uma eventual ilegalidade pelo governo argentino.⁵⁶⁸

Nesse sentido, complementa, em um hipotético caso de crise, o interesse público sofreria modificação e, na esteira dessa mudança, as obrigações em relação ao investidor estrangeiro também se modificariam. Assim, caso houvesse violações no Tratado havido entre as partes, não haveria consequências legais, uma vez que o Tratado se tornaria nulo no momento em que a soberania permanente sobre os recursos naturais fosse reincorporada aos Estado por medidas tomadas para este fim.⁵⁶⁹

Está clara a posição de Sornarajah sobre o impacto da PSNR, colocada na mais alta hierarquia entre normas de direito internacional.⁵⁷⁰ Consequentemente, em sua opinião, o conceito deve ser prioritariamente aplicado ao caso El Paso. Em resumo:

Os campos de petróleo são de domínio público. Isso é consistente com a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais no direito internacional. A Constituição argentina exige que sejam tomadas medidas para o uso racional dos recursos naturais e a preservação das riquezas naturais. Nisso, a Constituição confirma a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais, que as autoridades consideram como um princípio de *jus cogens* do direito internacional.

⁵⁶⁸ ICSID, 2011, p. 101. Legal Opinion of M. Sornarajah.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 102-103.

⁵⁷⁰ “[...] *some authorities regard as an ius cogens principle [permanent sovereignty over natural resources].*” Posição já adotada anteriormente em sua obra: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge University Press, 2010.

Um princípio de *jus cogens* está acima de compromissos de tratados feitos por um Estado. A doutrina exige que os recursos naturais sejam utilizados para o bem do povo do Estado.⁵⁷¹

Em visão mais ampla, defende o parecerista, em se tratando de recursos naturais, a doutrina da soberania permanente deveria subsistir mesmo perante as obrigações assumidas em um Tratado, considerando a PSNR como um princípio de *jus cogens*. Assim, os recursos precisam ser utilizados no interesse público, assim como a soberania sobre tais bens também reside no público.

Com efeito, a opinião de Sornarajah é no sentido de avaliar que as medidas tomadas pela Argentina, como a retenção de taxas sobre a exportação de petróleo e o endurecimento dos contratos na indústria e na economia como um todo, não são apenas consistentes com a estrutura regulatória existente ao tempo do investimento realizado pela El Paso mas também com a própria doutrina da soberania sobre os recursos naturais. Assim, não haveria violação das obrigações decorrentes de tratados, eis que, em tempos de crise econômica que afete os recursos naturais, tornam-se nulas e extinguem-se, a teor do previsto no art. 53 (Tratado em conflito com norma imperativa de direito) e no art. 64 (superveniência de *jus cogens*) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.⁵⁷²

3.6.3 Arbitragem Internacional

Os casos mais relevantes de arbitragem internacional envolvendo a soberania permanente sobre os recursos naturais envolvem a Líbia e o processo de nacionalização de petróleo lavrado em seu território.

A Lei do Petróleo de 1955 estabeleceu a Comissão do Petróleo, sob a supervisão do Ministério da Economia líbio, responsável por realizar as concessões de exploração petrolífera no país. Com a abertura, 17 companhias internacionais garantiram suas concessões, cujos acordos estabeleciam as bases contratuais para a exploração e extração de

⁵⁷¹ “Oil fields are in the public domain. This is consistent with the doctrine of permanent sovereignty over natural resources in international law. The Argentine Constitution requires that measures be taken for the rational use of natural resources and the preservation of natural wealth. In this, the Constitution confirms the doctrine of permanent sovereignty over natural resources, which authorities regard as amounting to a *jus cogens* principle of international law. A *jus cogens* principle stands higher than treaty commitments made by a state. The doctrine requires that natural resources be utilised for the betterment of the people of the state.” ICSID, 2011, p. 23-24. Legal Opinion of M. Sornarajah.

⁵⁷² Este processo é similar ao surgimento de um novo *jus cogens*: esse novo *jus cogens* invalida o Tratado. ICSID, *op. cit.*, p. 102-103.

petróleo por anos. Com efeito, baseados no *pacta sunt servanda*, os acordos previam que eventuais alterações seriam realizadas apenas diante do mútuo consentimento entre as partes.

As companhias petrolíferas multinacionais foram compelidas a incrementar o valor previsto contratualmente e pago ao governo pelos direitos de exploração, sob alegação de que estavam defasados em comparação aos praticados por outros países produtores. Mas, segundo a compreensão do novo governo, o petróleo líbio era de maior qualidade (baixo nível de enxofre), com menor custo de produção e geograficamente melhor posicionado – próximo aos grandes centros mundiais.

Com a ascensão de Muammar al-Kadhafi ao poder em 1969, por meio de um golpe de Estado, deflagrou-se uma revolução sócio-econômico-cultural na Líbia, que reivindicava o controle sobre todos os setores econômicos do país e a nacionalização de empresas estrangeiras.

Até março de 1974, o governo já havia nacionalizado todas as empresas de capital estrangeiro atuantes no país, sob a promessa de estabelecer um comitê para avaliação de compensações – o que nunca ocorreu. Ficou claro, portanto, que o novo regime não estava disposto a honrar os compromissos firmados com as empresas estrangeiras que atuavam na exploração do petróleo líbio e que as compensações financeiras deveriam ser perseguidas de acordo com as previsões dos contratos de concessão, ou seja, por arbitragem internacional.

De acordo com o cenário apresentado acima, os casos foram submetidos à arbitragem internacional, com previsão de apontamento de dois árbitros, um de cada parte. Também ficou avençado que, diante da recusa de uma das partes em apresentar seu árbitro, caberia ao presidente da ICJ indicar um árbitro *ad hoc*, cuja decisão seria vinculante.⁵⁷³

De uma forma geral, mesmo que geralmente fora do prazo estipulado nos acordos, a Líbia apresentou seus argumentos, dentre os quais a soberania permanente sobre os recursos naturais detinha grande realce.

Por fim, interessante notar o enfoque dado à soberania permanente sobre os recursos naturais nas decisões arbitrais de três importantes casos concernentes à nacionalização do petróleo líbio. As opiniões identificadas nas abordagens da PSNR são sensivelmente divergentes entre si, especialmente quanto ao reconhecimento e à aplicação do conceito aos casos concretos.

⁵⁷³ FISHER, Joel M.; GOLBERT, Albert; MAGHAME, Bahram. *British Petroleum v. Libya: a preliminary comparative analysis of the international oil companies' response to nationalization*. **Southwestern University Law Review**, [S. l.], v. 68, p. 68-97, 1975, p. 75.

3.6.3.1 *Texaco Overseas Petroleum Co. vs Libyan Arab Republic – 1977*⁵⁷⁴

Em 1977, *Texaco Overseas Petroleum Company* e *California Asiatic Oil Company*, após a inércia da Líbia quanto à apresentação de um árbitro para resolver o litígio havido entre as partes, apresentaram requerimento ao presidente da ICJ solicitando a indicação de um árbitro (conforme previsto no acordo bilateral), o qual seria responsável pelo julgamento da questão acerca dos direitos de extração de petróleo em face do governo da República Árabe da Líbia.

Assim, o professor de Direito francês René-Jean Dupuy foi indicado para exercer a função de árbitro, cuja decisão arbitral foi publicada em 19 de janeiro de 1977.

Para muitos, a performance de Dupuy foi um marco na formação da arbitragem em investimentos, sendo o caso *Texaco vs Líbia* de imenso valor para o estabelecimento de novos rumos nessa área, migrando de um tratamento normativo jurisdicional nacional sobre investimentos para uma verdadeira ‘internacionalização’ de contratos internacionais – decidindo os casos de acordo com a doutrina de direito internacional.

O questionamento a ser respondido por Dupuy era o seguinte: “[...] no contexto de uma arbitragem internacional, quando feita referência a princípios gerais de direito, pode-se considerar este critério suficiente para a internacionalização de um contrato?”.

Como pode ser facilmente inferido, a ideia central do questionamento entregue a Dupuy era, justamente, identificar a potencial ascendência dos princípios gerais de direito sobre as normas internas dos países contratantes com empresas estrangeiras.

A resposta da arbitragem a esse questionamento foi de que sim, seria um critério suficiente para a internacionalização de um contrato. O reflexo dessa asserção é que, na inexistência de uma lei interna específica, e diante da necessidade de proteger a parte privada contratante contra a alteração unilateral de uma lei interna, por exemplo, a proteção dada pelos princípios gerais de direito é essencial, pois o particular contratante possuiria capacidade limitada para invocar apenas e tão somente as regras previstas no instrumento contratual ou derivadas deste instrumento. Em resumo, o indivíduo também é sujeito de direito internacional e, nessa capacidade, está protegido pelos princípios gerais do direito.

⁵⁷⁴ VON MEHREN, Robert B. International Arbitral Tribunal: Award on the Merits in Dispute Between *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company* and the Government of the *Libyan Arab Republic* (Compensation For Nationalized Property). *International Legal Materials*, [S. l.], v. 17, v. 1, p. 1-37, 1978.

Por fim, o resultado da arbitragem foi a aceitação recíproca de uma indenização devida pelo governo líbio, no montante de US\$ 152 milhões em petróleo cru, a serem pagos nos quinze meses subsequentes à decisão (1977).

3.6.3.1.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

Em 26 de julho de 1974, o governo líbio apresentou sua argumentação para apreciação do Tribunal arbitral. Dentre as questões levantadas, a soberania permanente sobre os recursos naturais mereceu menção especial, por meio da defesa de que a nacionalização é ato relacionado à soberania dos Estados, conforme preconizado em diversas Resoluções no âmbito da Unga.

Segundo o ponto de vista líbio, por ser expressão da soberania permanente sobre os recursos naturais, a nacionalização de recursos naturais não estaria sujeita à jurisdição internacional, devendo ser resolvida de acordo com as previsões de direito doméstico dos Estados.

Embora a questão sobre a natureza jurídica da soberania permanente seja tratada com maior propriedade no capítulo final do presente trabalho, a construção do conceito, conforme visto até o momento, sugere que seu exercício inclui o cumprimento de responsabilidades por parte dos Estados diante da comunidade internacional. Sem adentrar muito nesse mérito, parece que o argumento líbio padece de maior profundidade, visto que há deveres e obrigações inerentes ao exercício da PSNR, como o dever de compensação dos investimentos internacionais.

Ao tratar do tema, Dupuy estabelece um inteligente argumento:

O reconhecimento pelo direito internacional do direito de nacionalizar não é fundamento suficiente para autorizar um Estado a descumprir seus compromissos, pois a mesma lei também reconhece o poder de um Estado se comprometer internacionalmente, especialmente ao aceitar a inclusão de cláusulas de estabilização em um contrato celebrado com particular estrangeiro.⁵⁷⁵

Ou seja, não se trata de negar a existência da PSNR – ou mesmo sua aplicação –, afinal, a Líbia teria, sob os auspícios da Lei doméstica ou do direito internacional, o poder de firmar compromissos internacionais, inclusive com empresas estrangeiras. Entretanto, esse

⁵⁷⁵ “*The recognition by international law of the right to nationalize is not sufficient ground to empower a State to disregard its commitments, because the same law also recognizes the power of a State to commit itself internationally, especially by accepting the inclusion of stabilization clauses in a contract entered into with a foreign private party*”. DUPUY, René-Jean. *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, YCA 1979. **Trans-Lex**, [S. l.], [201-?], p. 183.

compromisso não pode ser alegado posteriormente como negação de sua soberania, mormente porque, na verdade, é a expressão desta. Assim, não poderia o país invocar sua soberania para desprezar obrigações contraídas no exercício dessa mesma soberania.

Mesmo considerando que os importantes elementos abordados por Dupuy quanto à aplicação do direito internacional em matéria de investimentos devam ser exaltados em sua decisão, o mesmo não pode ser dito em relação à análise sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, em resposta ao governo Líbio. Dupuy, partindo de premissa conservadora e, por que não, ultrapassada (mesmo para a época), explica que as Resoluções da Assembleia Geral da UN que versavam sobre a PSNR (Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados – Resolução nº 3.281/1974 (XXIX), Resolução nº 626/1952, Resolução nº 1.803/1962 – *Para uma Nova Ordem Econômica Internacional*), possuíam apenas o caráter de ‘recomendações’, tratando-se, em verdade, de documentos de caráter político.

Talvez a rasa abordagem sobre a soberania permanente tenha sido proposital, de forma a fundamentar sua decisão em temas menos controvertidos ou que pudessem minar a construção da sua decisão em temas com raiz puramente de direito internacional dos investimentos.

Entretanto, Dupuy, controversamente, exalta a votação da Resolução nº 1.803/1962 (XVII), a qual passou na Assembleia Geral por 87 votos contra 2 (12 abstenções), notando que a maioria votou para a aprovação do texto final, incluindo “[...] muitos países do Terceiro Mundo, nações ocidentais desenvolvidas, incluindo a mais importante, os Estados Unidos”.⁵⁷⁶ Conclui o árbitro que a Resolução recebeu o consentimento de muitos Estados, representando não apenas todas as áreas geográficas do globo mas também todos os sistemas econômicos da época (1962).

3.6.3.2 *B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. vs Libyan Arab Republic – 1979*⁵⁷⁷

Basicamente com o mesmo *background* do caso Texaco vs Líbia, a empresa de capital britânico B. P. Exploration (BP) submeteu requerimento de arbitragem exigindo compensações financeiras do governo líbio em virtude da denúncia contratual – nacionalização de suas instalações.

⁵⁷⁶ VON MEHREN, 1978, p. 28.

⁵⁷⁷ LAGERGREN, Gunnar. B.P. Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic. Award (Merits). 1973. **Jus Mundi**, [S. l.], [201-?]. *Ad hoc* Arbitration.

Apontado pelo presidente da ICJ, o árbitro sueco Gunnar Lagergren iniciou os procedimentos com a parte demandada ausente. A decisão arbitral, em favor da demandante, foi publicada em outubro de 1973 e contestada em novembro pela parte vencedora, sob alegações de erros procedimentais e aplicação errônea do direito, dentre outras argumentações, o que levou à reabertura do procedimento para manifestações orais no ano seguinte. Finalmente, mantendo a decisão na íntegra, o árbitro deu ganho de causa à BP, por violação de contrato de concessão por parte do governo líbio, com base no direito doméstico e no direito internacional, além de conceder direito de indenização à demandante.⁵⁷⁸

3.6.3.2.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

No que tange ao reconhecimento e à aplicação da soberania permanente sobre os recursos naturais, diferentemente da opinião de Dupuy no caso *Texaco vs Líbia* – basicamente ignorando a validade do conceito –, o árbitro *ad hoc* Lagergren externou opinião sobre sua força no direito internacional (embora não tenha sido relevado para decidir a contenda):

Partindo de uma visão ampla da prática estatal ao longo das últimas décadas, há razões para acreditar que a soberania realmente reivindicada e exercida pelas nações modernas sobre suas riquezas e recursos naturais (com a aquiescência tácita ou explícita de outros Estados) constitui fraco argumento para as alegações do Demandante, neste caso, quanto aos recursos disponíveis para uma concessionária em circunstâncias como a presente. **A tendência da prática seguiu outro caminho, e pode ter se tornado um costume e adquirido força de lei.** (grifos nossos).⁵⁷⁹

Embora não tenha particularmente abordado o aspecto imperativo da soberania permanente sobre os recursos naturais, o árbitro observou a existência de uma prática relativa ao conceito na comunidade internacional, o que lhe confere importante elemento de, minimamente, direito costumeiro internacional.

⁵⁷⁸ Interessante a opinião do árbitro separando os conceitos de indenização e *restitutio in integrum*, afirmando a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, diante da vigência da nova legislação interna sobre nacionalização das concessões e que isso implicaria ofensa à soberania estatal.

⁵⁷⁹ “*Taking a broad view of State practice over the past decades, there is reason to believe that the sovereignty actually claimed and exercised by modern nations over their natural wealth and resources (with the tacit or explicit acquiescence of other States) constitutes weak support for the contentions of the Claimant in this case as to the remedies available to a concessionaire in circumstances such as the present. The trend of practice has gone another way, and may have become a custom and acquired the force of law.*” LAGERGREN, 1973, p. 45, § 178.

3.6.3.3 *Libyan American Oil Company vs Libyan Arab Republic – 1981*⁵⁸⁰

Em 1974, a Libyan American Oil Company (Liamco) iniciou disputa arbitral contra o governo líbio. As razões e bases para o requerimento de solução do litígio são basicamente as mesmas dos casos anteriores.

A decisão arbitral foi favorável ao pedido da demandante Liamco, reconhecendo a violação dos termos contratuais de concessão de exploração de gás e petróleo em território líbio, bem como instituindo compensação por perdas e danos em cerca de US\$ 80 milhões.

3.6.3.3.1 Abordagem sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais

Há importantes aspectos concernentes à soberania permanente sobre os recursos naturais na decisão arbitral, que contextualizam os efeitos deste conceito a partir de seu surgimento e sedimentação no âmbito da UN e da prática estatal.

Inicialmente, menciona a decisão (Parágrafos 153 e 154)⁵⁸¹ que a Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII), ao instituir a PSNR, confirma a obrigação dos Estados em respeitar os acordos de arbitragem, por inteligência das Seções 1 e 4 da Resolução. Assim, um Estado pode sempre “[...] renunciar validamente aos seus direitos soberanos”⁵⁸² assinando uma convenção de arbitragem e vinculando-se a ela.

Outro interessante aspecto progressista grifado na decisão é a opinião do árbitro de que os recursos naturais, em geral, não pertencem mais ao dono da terra, mas sim à comunidade representada pelo Estado, como privilégio de sua soberania (§189).⁵⁸³ Ainda complementa que este entendimento foi adotado na Líbia e expressamente previsto na sua legislação interna do país sobre mineração e petróleo, citando o art. 1º da Lei de Petróleo de 1955, que previa a propriedade sobre o petróleo em estado natural: “1. Todo petróleo na Líbia, em seu estado natural, é propriedade do Estado líbio; 2. Nenhuma pessoa deve explorar

⁵⁸⁰ MAHMASSANI, Sobhi. *Arbitral Tribunal: Award in Dispute between Libyan American Oil Company (Liamco) and the Government of the Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions. International Legal Materials*, Cambridge, v. 20, n. 1, p. 1-87, 1980.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 29-30.

⁵⁸² Na verdade, não se trata de renúncia, mas sim de exercício da soberania pelo Estado ao submeter-se à arbitragem alicerçada no direito internacional.

⁵⁸³ MAHMASSANI, *op. cit.*, p. 36.

ou prospectar minas ou produzir petróleo em qualquer local na Líbia, a não ser que lhe seja concedida permissão ou concessão, na forma da Lei”.⁵⁸⁴

Prosseguindo, a decisão aborda as Resoluções das Nações Unidas sobre Nacionalização (Resolução Unga nº 626/1952 (VII) e a Resolução Unga nº 1.803/1962), asseverando que, desde 1952, devido à frequência com que as medidas de nacionalização vinham ocorrendo no mundo, a Assembleia Geral editou uma série de Resoluções confirmando e reafirmando a soberania dos Estados em nacionalizar e exercer o controle exclusivo sobre seus próprios recursos.⁵⁸⁵

Um aspecto de grande relevância na decisão é a opinião tocante à validade e à aplicação da soberania permanente sobre os recursos naturais. Em determinado ponto, a arbitragem tece comentários sobre o reconhecimento do conceito de PSNR como fonte de direito internacional e mesmo expressão de *opinio juris*, conforme disposto abaixo:

Nesse sentido, o Tribunal Arbitral chegou à conclusão de que as referidas Resoluções, se não uma fonte de direito unânime, são evidência da recente tendência dominante da opinião internacional sobre o direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais, e que o referido direito está sempre sujeito ao respeito pelos acordos contratuais e à obrigação de indenização, conforme será explicado numa secção posterior.⁵⁸⁶

Depreende-se da decisão do caso *Liamco vs Líbia* – assim como em boa parte dos casos que foram apreciados por Tribunais Arbitrais em relação à nacionalização das concessões de direitos de explorar o petróleo, o gás e o minério líbios – que a soberania permanente sobre os recursos naturais era um conceito de relevância no âmbito da UN, bem como que seu exercício seria expressão da própria soberania (direitos e deveres contraídos perante a comunidade internacional. Embora a natureza jurídica do conceito tenha sido abordada com algumas variações interpretativas, prevaleceu a opinião de que a Líbia possuía autonomia para nacionalizar seus próprios recursos naturais (autodeterminação), porém, diante do direito internacional e da própria lei doméstica, persistia o direito dos investidores estrangeiros em serem indenizados pelos investimentos realizados e pela expectativa de direito oriunda dos contratos firmados na década de 1950.

⁵⁸⁴ “(§189) Article 1: Petroleum Property of State: 1. All petroleum in Libya in its natural state is the property of the Libyan State. 2. No person shall explore or prospect for, mine or produce petroleum in any part of Libya, unless authorized by a permit or concession issued under the Law.” MAHMASSANI, 1980.

⁵⁸⁵ Em contrassenso, ao referir-se expressamente à Resolução nº 1.803/1962 (Carta dos Direitos Econômicos dos Estados incorporada à Resolução), entendeu o Tribunal que não representava um consenso na comunidade internacional e, diante disso, não poderia ser utilizada como fonte de direito internacional.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 40, § 206.

3.6.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se mostrado um importante fórum de debates sobre os direitos humanos e direitos ambientais nos casos sob sua jurisdição. A seguir, o caso do povo Saramaka, o qual, além da soberania permanente sobre os recursos naturais, também trata de autodeterminação como direito fundamental do ser humano.

3.6.4.1 *Saramaka People vs Suriname - 2007*⁵⁸⁷

O povo Saramaka é uma grande comunidade quilombola que vive na extensão do Rio Suriname, nos territórios do Suriname e da Guiana Francesa. Predominantemente formados por descendentes de escravos, os Saramakas foram constantemente vilipendiados pelas políticas de desenvolvimento implementadas pelo Suriname, tais como a hidroelétrica de Brokopondo e as concessões públicas a empresas estrangeiras de direitos de exploração de recursos naturais em territórios saramaka.

Em 2006, os Saramakas submeteram a questão contra o Suriname à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob alegação de que o Estado não havia adotado medidas efetivas para reconhecer o direito dos demandantes ao uso e à fruição do território que tradicionalmente ocupavam há décadas, violando assim seus direitos de proteção e acesso à justiça para defesa de seus direitos fundamentais.

A Corte concluiu que o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), interpretada sob a luz dos direitos reconhecidos pelo artigo 1º dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (direito à autodeterminação e desenvolvimento econômico, social e cultural), bem como pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos sobre direitos de minorias, garantia aos Saramakas o direito de uso e fruição de suas propriedades, de acordo com sua tradição.

Em suas razões, estabeleceu a Corte que o Suriname deveria adotar as medidas necessárias (legislativas, administrativas e de outra natureza) para reconhecer e assegurar os direitos do povo Saramaka em serem consultados anteriormente a qualquer medida governamental que envolvesse projetos de desenvolvimento ou investimentos em seus territórios, facultando-lhes, de acordo com sua tradição e costume, a prerrogativa de conceder

⁵⁸⁷ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007.

ou não seu consentimento, devendo o estado compartilhar razoavelmente os benefícios com seus membros.⁵⁸⁸

Embora a soberania permanente não tivesse sido expressamente abordada pela decisão da Corte – com exceção da citação *en passant* sobre a existência do Relatório Especial das Nações Unidas sobre a PSNR dos povos indígenas (2007)⁵⁸⁹ e da submissão tardia pelo Suriname da *opinio juris* de Nico Schrijver sobre o tema⁵⁹⁰ –, os elementos que permearam o julgamento são derivados do conceito de soberania permanente. A autodeterminação do povo Saramaka sobre seu território, a decisão sobre a utilização de seus recursos naturais, a submissão do governo estatal à opinião (final e terminativa) dos Saramakas, a obrigação imputada ao Estado de desenvolvimento sustentável e o reconhecimento dos direitos humanos do povo Saramaka são elementos constitutivos do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, não necessitando de grande esforço hermenêutico para serem assim compreendidos, com base na decisão da Corte.

3.6.5 Organização Mundial do Comércio

Dentre os regimes autossuficientes atualmente existentes no direito internacional, destaca-se o direito da WTO, com robusta fonte de normas e *cases* (painéis), que vêm formando e solidificando o arcabouço normativo em que se sustenta o comércio internacional.

Pode-se dizer que a implementação do Mecanismo de Solução de Controvérsias foi uma das grandes contribuições que a WTO trouxe ao comércio internacional, de uma forma geral. O mecanismo, notoriamente judicializado,⁵⁹¹ tem funcionado de forma dinâmica e imparcial, trazendo soluções que são geralmente consentidas e obedecidas, mesmo pelas partes vencidas nos processos decididos pelos órgãos de julgamento.

Desde 1995, ano de entrada em vigor do Tratado de Marrakesh, o Sistema de Solução de Controvérsias da TWO enfrentou alguns casos em que o aspecto ambiental foi considerado primordial para a solução da controvérsia. Como exemplo, pode ser citado o *case Shrimp-Turtle (DS 58)*,⁵⁹² relativo à importação de certos camarões e seus produtos, no qual Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia (e posteriormente Filipinas no DS 62),⁵⁹³ acionaram os

⁵⁸⁸ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2007. p. 51, § 74.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 21, § 72.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 22, § 74.

⁵⁹¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Soberania, WTO e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 165.

⁵⁹² WORLD TRADE ORGANIZATION. **Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS 61)**. Genebra: WTO, 1996.

⁵⁹³ *Ibid.*

Estados Unidos no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), devido à proibição americana de importação dessas mercadorias. Os americanos alegavam que o método de captura dos camarões empreendido por esses países não utilizava o *Turtle Excluder Devices* (TED), e, portanto, a exploração da atividade era predatória às tartarugas marinhas. Embora os Estados Unidos tenham perdido a controvérsia por questões meramente procedimentais (promoverem a desigualdade de tratamento entre membros da WTO), o Órgão de Apelação, em seu relatório final, entendeu que os países têm o direito de adotar medidas na própria WTO visando ao desenvolvimento sustentável.⁵⁹⁴

3.6.5.1 *China Raw Materials* e *China Rare Earths* (WTO)

Dentre os casos mais emblemáticos sobre a proteção ambiental e a aplicação do direito internacional na WTO, chamam a atenção os *cases China Raw Materials* (DS 394)⁵⁹⁵ e *China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum* (DS 433),⁵⁹⁶ painéis em que a República Popular da China foi demandada no OSC por conta de inúmeras restrições impostas por seu governo, o qual limitava quantitativamente as exportações de matérias-primas (*raw materials* e *rare earths*) com a adoção de quotas de exportação.

A alegação dos demandantes em ambas controvérsias foi de que a China estava veladamente praticando uma espécie de reserva de mercado de suas matérias-primas, tais como bauxita, magnésio, manganês e zinco – e terras raras, como tungstênio e molibdênio –, para favorecer a indústria doméstica, tornando-a um centro manufatureiro de alta tecnologia e reservando tal mercado de forma predatória. Ocorre que, conforme argumentado pelos Membros Demandantes (Estados Unidos e Japão, inicialmente), os acordos da WTO, em

⁵⁹⁴ “Consideramos que a melhor maneira para que as partes envolvidas na controvérsia contribuam efetivamente para a proteção das tartarugas marinhas, de maneira consistente com os objetivos da WTO, incluindo o desenvolvimento sustentável, seria alcançar acordos cooperativos sobre estratégias de conservação integradas, cobrindo, entre outros, a concepção, implementação e utilização de TEDs, tendo em conta as condições específicas nas diferentes áreas geográficas em questão”. “*We consider that the best way for the parties to this dispute to contribute effectively to the protection of sea turtles in a manner consistent with WTO objectives, including sustainable development, would be to reach cooperative agreements on integrated conservation strategies, covering, inter alia, the design, implementation and use of TEDs while taking into account the specific conditions in the different geographical areas concerned.*” WORLD TRADE ORGANIZATION. **Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products**. Report of the panel. Genebra: WTO, 1998, p. 301.

⁵⁹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials**. 28 jan. Genebra: WTO, 2013.

⁵⁹⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum**. 20 may 2015. Genebra: WTO, 2015.

especial o GATT, exigem que todos os membros da WTO tenham acesso não discriminatório ao fornecimento de matéria-prima para seu próprio desenvolvimento.

Os painéis tinham como base o dispositivo do direito da WTO violado pela China: o Art. XI do GATT, que versa sobre a “eliminação geral de restrições quantitativas” nas importações e exportações. Em suas manifestações, tanto o OSC quanto o Órgão de Apelação da WTO concluíram que a China violou o Art. XI do GATT⁵⁹⁷ ao impor restrições às exportações de matéria-prima existente em seu país.

Em sua defesa, a China alegou que estava agindo de acordo com os enunciados da WTO, em especial a regra contida no próprio GATT, em seu Art. XX, alíneas ‘h’, ‘i’ e ‘j’,⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Art. XI: Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo. No original: “*No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.*” WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)**. Geneva: WTO, 1947.

⁵⁹⁸ “Art. XX: Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: [...] h) tomadas em execução de compromisso contraídos em virtude de um Acordo intergovernamental sobre um produto de base, em conformidade com os critérios submetidos às Partes Contratantes e não desaprovados por elas e que é ele próprio submetido às Partes Contratantes e não é desaprovado por elas; i) que impliquem em restrições à exportação de matérias primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente Acordo relativas à não discriminação; e j) essenciais à aquisição ou a distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do abastecimento internacional desses produtos e as medidas que são incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo serão suprimidas desde que as circunstâncias que as motivaram tenham deixado de existir. As Partes Contratantes examinarão, em 30 de junho de 1960, no máximo, se é necessário manter a disposição da presente alínea.” No original: “*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;*

(i) *involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;*

que autorizam a adoção de medidas “[...] relativas à conservação de recursos naturais não renováveis, caso essas medidas sejam efetivadas em conjunto com restrições de produção ou consumo domésticos”. Ainda argumentou que a soberania sobre seus recursos naturais esgotáveis lhe confere o direito de administrar o suprimento de tais recursos e, mais especificamente, usar quotas de exportação para alocar, entre países estrangeiros e consumidores domésticos, o fornecimento de recursos naturais esgotáveis chineses. Assim, a previsão normativa claramente busca equiparar a adoção de tais medidas ao tratamento nacional, um dos princípios que regem a WTO.

Entretanto, o Órgão de Apelação concluiu que a China não demonstrou que a imposição dessas medidas restritivas no sentido de conservar bens naturais não renováveis igualmente havia limitado a indústria doméstica, restringindo-a também em seu acesso às matérias-primas. Ou seja, no entendimento do Órgão, a medida de limitação a acessos aos recursos minerais apenas às empresas estrangeiras configurava prática de distorção de mercado.

No bojo das discussões sobre a controvérsia, a China finalmente alegou que a exceção do GATT para a conservação de recursos naturais não renováveis deveria ser interpretada de forma a reconhecer a soberania de um membro sobre seus recursos naturais.

Embora sob protestos chineses, por fim, o painel da WTO firmou entendimento de que membros devem exercitar sua soberania permanente sobre os recursos naturais de acordo com suas obrigações junto à WTO. Assim, o argumento da defesa chinesa diante do OSC da WTO de que a utilização de seus recursos naturais não renováveis é decorrente de sua autodeterminação – ou seja, protegida pela soberania permanente sobre os recursos naturais – era claramente uma justificativa que se afastava do espírito do conceito, o qual fora concebido com o propósito de promover o desenvolvimento e o bem-estar da população, ao invés de funcionar como um pretexto para a violação de regras de direito internacional.

Depreende-se do estudo dos delineamentos teórico-conceituais da soberania permanente sobre recursos naturais, portanto, que, em um primeiro momento, esta parece remeter a um estado egoístico, segundo o qual os Estados poderiam dispor desses recursos e mesmo exauri-los sem maiores explicações à comunidade internacional, bastando-lhes exercer sua soberania estatal para tanto. Entretanto, ao se aprofundar o tema e analisar as

(j) *essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.*” WTO, 1947.

raízes desse conceito, desde sua exegese na Assembleia Geral da UN até sua evolução como um respeitado conceito de direito internacional geral, verifica-se sua intrínseca relação com a sustentabilidade, a autodeterminação e os direitos humanos.

O fórum de debates criados a partir da instituição do Ecosoc uniu, de forma indelével, a soberania permanente sobre os recursos naturais ao conceito de sustentabilidade, formando as bases para uma escalada de hierarquia do princípio no próprio direito internacional. Sua aceitação passou a ser relativamente mais visível, principalmente pela posterior presença em múltiplos acordos tratando sobre o ambiente e pela sua aderência cada vez mais marcante ao desenvolvimento sustentável.

A importância da soberania permanente se reflete em seus direitos e obrigações. Em se tratando de deveres perante a comunidade internacional, é nesse âmbito que a soberania permanente encontra sua vocação mais peculiar: a de ser executada em prol do interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo, conforme preceitua a Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVIII).

Portanto, pode-se concluir que a soberania permanente sobre os recursos naturais é mais do que mero exercício de soberania nacional, de imposição de força ou de política interna do interesse particular de cada Estado. A soberania permanente deve ser exercida em perfeita harmonia com o desenvolvimento sustentável, e mais partindo dele, que, por si só, adquire relevância fundamental enquanto princípio de justiça em um contexto transgeracional e de direitos humanos.

Assim, pode-se afirmar que as Resoluções da Unga possuem excepcional relevância para a identificação do conceito e da natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, eis que este se refere a nações e povos, devendo, portanto, ser exercido em conformidade com os direitos e as obrigações dos Estados perante o direito internacional, conforme dispõe a Resolução Unga nº 1.515/1960 (XV). Assim, infere-se que eventual violação à PSNR pode ser considerada uma ofensa tanto aos princípios quanto ao próprio espírito da Carta das Nações Unidas, conforme disposto na Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII). Depreende-se dessa asserção que a pressão exercida sobre uma nação em pleno exercício de sua soberania permanente sobre seus recursos naturais consiste em flagrante violação aos princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, conforme disposto na Carta, constituindo-se em ameaça à paz e à segurança internacional,⁵⁹⁹ a teor da

⁵⁹⁹ “Segurança ecológica”, cuja existência e medidas de coercibilidade são de competência do Conselho de Segurança da UN (art. 39 da Carta).

Resolução Unga n° 2.993/1972 (XXVII) – Declaração sobre Reforço da Segurança Internacional.⁶⁰⁰

Por fim, a análise do *case law* demonstra a contundente *opinio juris* de que, além das características já descritas, o exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais é expressão da autodeterminação e do direito internacional dos direitos humanos, com base no princípio do direito ao ambiente sadio, comum a todas as nações e povos sob a égide do direito internacional geral. Assim sendo, verifica-se a solidificação do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais como direito inalienável, que não se sujeita a pressões políticas, econômicas ou sociais, além de fortes indícios de seu caráter como norma peremptória de direito internacional geral, tópico sobre o qual se discorrerá no capítulo final do presente estudo.

⁶⁰⁰ Cf. a seção 3.3.1 deste trabalho.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS E SUA EMERGÊNCIA COMO *JUS COGENS* NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

A soberania permanente sobre os recursos naturais tem se desenvolvido como importante e moderna norma de direito internacional, contemplando a autodeterminação dos povos e os direitos ambientais – direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável –, sendo estes últimos recentemente admitidos como direitos humanos pela Resolução 48/13, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da UN em outubro de 2021.

Desde sua ascendência na ordem jurídica internacional como conceito desenvolvido no âmbito da Unga, em meados do século XX, foi, até certo ponto, negligenciado pelo direito internacional, assim como outras tantas normas essenciais à comunidade internacional, que não atingiram o sucesso por implicarem obrigações aos Estados, ou seja, por potencialmente macular o sagrado princípio soberano que paira sobre a comunidade internacional atual.

Embora represente valores fundamentais da própria humanidade – autodeterminação, direito aos direitos ambientais e direitos humanos –, a soberania permanente não experimentou uma prática mais intensa na comunidade de Estados, seja no aspecto normativo, contratual, jurídico ou prático. Conforme visto no capítulo anterior, em determinados momentos, o conceito foi utilizado como base argumentativa no *case law* (ICJ, WTO) entretanto, sempre carecendo de uma posição mais definitiva para auxiliar a compreensão de sua natureza jurídica.

Determinada mais comumente como princípio de direito internacional, a soberania permanente sobre os recursos naturais pode ter adquirido um *status* diverso em sua evolução no direito internacional, desde a sua concepção como um anseio de países recém-descolonizados e potencialmente revestida de *status* como direito internacional consuetudinário – principalmente a *opinio juris* decorrente das Resoluções da Unga sobre diversos temas (determinação econômica, ocupação de territórios árabes/palestinos e terras indígenas) e dos Pactos sobre Direitos Humanos (direito expresso e consolidado no primeiro artigo dos Pactos).

Entretanto, embora a evidente importância da soberania permanente e sua posição praticamente consolidada no direito internacional geral, o conceito ainda está tensionado entre os princípios clássicos do direito, como o *pacta sunt servanda*, de um lado, e os princípios do direito internacional moderno, como a autodeterminação, o dever de cooperar para o desenvolvimento e o próprio direito ao desenvolvimento, por outro. Essa dissonância

fundamental decorre da forma de se enxergar axiologicamente o conceito: se a partir de uma concepção tradicional *westphaliana* de soberania, calcada eminentemente em limites territoriais, ou, através das lentes da interdependência transnacional e responsabilidades globais compartilhadas.

Prima facie, considerar que a soberania é o elemento mais importante da ordem jurídica internacional significa elevar o próprio Estado ao patamar de principal sujeito de direitos e negligenciar o elemento vital para a própria existência estatal. Nesse sentido, a teoria da humanização do direito internacional defende a responsabilização dos Estados em relação ao constituinte nuclear da comunidade internacional: a própria humanidade. Ao perceber que a soberania permanente sobre os recursos naturais representa os valores mais fundamentais e superiores da humanidade – ambiente, vida e autodeterminação –, fatalmente chega-se à conclusão de que se trata de norma de grande hierarquia no direito internacional geral, talvez a maior delas: uma norma peremptória, inderrogável e imperativa na ordem jurídica internacional, *jus cogens*.

Nesse contexto, o direito à autodeterminação pode ser considerado um princípio fundamental de justiça no sistema jurídico internacional da soberania permanente. A reconstrução política internacional no pós-guerra elevou a autodeterminação à qualidade de princípio preponderante no sistema de direitos humanos, o que, indubitavelmente, auxilia a esclarecer a concepção normativa da soberania permanente sobre os recursos naturais a partir da própria autodeterminação e dos direitos humanos. Estes, como se sabe, são elementos de moral que constituem o conceito de justiça, além de portarem o *status* de normas inderrogáveis de direito internacional.

O *jus cogens*, amplamente discutido no segundo capítulo, pode ser considerado, antes de tudo, uma técnica de não derrogação. Assim, alguns questionamentos incidentais a serem respondidos neste capítulo são: caso não seja *jus cogens*, poderia a soberania permanente ser derogada no âmbito da comunidade internacional? Haveria como derogar uma soberania classificada como ‘permanente’? E quanto aos valores que representa, poderia ser admitida a hipótese de que o próprio conceito se desenvolveu na ordem jurídica internacional e dela emergiu como uma incontestável norma com status *jus cogens*? As respostas serão construídas a seguir, partindo-se da análise do termo soberania ‘permanente’.

4.1 A QUESTÃO DA SOBERANIA ‘PERMANENTE’ SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

O termo soberania ‘permanente’ sobre os recursos naturais pode ser encontrado pela primeira vez, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da Unga, na proposta chilena de inclusão do conceito nos iminentes Pactos sobre Direitos Humanos, proposta apresentada em 16 de abril de 1952 e denominada *Recomendações Relativas ao Respeito Internacional à Autodeterminação do Povos*:

O direito dos povos à autodeterminação incluirá também a soberania permanente sobre suas riquezas e recursos. Em nenhum caso um povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência em razão de quaisquer direitos que possam ser reivindicados por outros Estados.⁶⁰¹

Em um primeiro olhar, parece interessante a nomenclatura soberania ‘permanente’, pois o conceito de soberania quase sempre remete à soberania *westfaliana* – absoluta e excludente de atores externos e suas estruturas de poder e autoridade. Qual sentido haveria em adjetivar um conceito já naturalmente estanque com o termo ‘permanente’?

Não há, propriamente, uma justificativa formal – verificada a partir da análise dos documentos da Assembleia Geral e sua Comissão de Direitos Humanos – para a inclusão do termo ‘permanente’ no conceito de PSNR. Entretanto, presumir que a adesão de um termo de tamanho significado e força tenha sido acidental seria menosprezar o momento histórico em que o termo emergiu no direito internacional. Com efeito, a II Guerra Mundial acabara anos antes e o mundo ainda sofria a crise moral e os efeitos devastadores do conflito em todas as suas nuances, desde a economia esfacelada até a crise de imigrantes, passando, obviamente, pela discussão da proteção da vida humana durante a construção de um novo mundo no âmbito dos Pactos sobre Direitos Humanos (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) finalizados em 1966.

Sob esse viés, a conotação de um adjunto de tamanho significado – e justamente no mais delicado e crucial momento de reconstrução da sociedade internacional moderna – oferece pistas para justificar a formulação do conceito de soberania ‘permanente’ sobre os recursos naturais. Portanto, ao que parece, a ideia da Comissão era relativizar o conceito de

⁶⁰¹ “The right of the peoples to self-determination shall also include permanent sovereign over their wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.” UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Recommendations concerning international respect for the self-determination of peoples**: draft resolution / Chile. New York: UN, 1952b.

soberania territorial em detrimento, especificamente, da utilização dos recursos naturais de um povo, por ele e para ele. Ou seja, para garantir sua autodeterminação – objetivo principal da proposta aprovada pela Comissão de Direitos Humanos como recomendação aos Pactos –, a soberania sobre os recursos e riquezas naturais deveria ser permanente, a ponto de não ser ameaçada nem mesmo na hipótese de violação à soberania daquele Estado (leia-se soberania territorial e política). Assim, mesmo que circunstanciais conflitos pudessem temporária ou definitivamente romper os direitos soberanos de um povo, não o fariam, em hipótese alguma, quanto à sua soberania permanente sobre os recursos naturais, sendo este conceito, inclusive, reconhecido como direito inalienável pela Resolução Unga nº 3201/1974 (S-01) – Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional.⁶⁰²

O texto final dos Pactos sobre Direitos Humanos traz, em seu artigo 3º (comum), a previsão de que mesmo territórios não autônomos e as populações sob tutela de outro Estado soberano devem ter garantido seu direito ao exercício da soberania permanente, de tal sorte que os Estados investidos na administração desses territórios “[...] deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas”.⁶⁰³ Essa previsão estabelece uma clara distinção entre os conceitos de soberania e soberania permanente: conforme se infere, esta subsiste, inclusive, até mesmo na ausência de um poder soberano clássico, centralizado e de representação política de um povo. Ou seja, basta que uma determinada população utilize os recursos naturais locais para seu próprio benefício e bem-estar, exteriorizando assim sua autodeterminação, para que exerça o direito inderrogável de soberania permanente sobre tais recursos – mesmo em caso de ocupação estrangeira.

A propósito, esse tema foi revisitado no Relatório do Conselho Econômico e Social de 1983, 38ª Sessão da Unga, denominado *Implications, under international law, of the United Nations resolutions on permanent sovereignty over natural resources, on the occupied Palestinian and other Arab territories and on the obligations of Israel concerning its conduct in these territories*, mencionado no capítulo anterior. Dentre as conclusões, o Relatório reafirma que “[...] a Potência Ocupante tem a obrigação de não interferir no exercício da soberania permanente pela população local”.⁶⁰⁴ Essa premissa é repetida na recente Resolução

⁶⁰² UN, 1974a.

⁶⁰³ “3. *The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.*” *Id.*, 1966b.

⁶⁰⁴ “(c) *A third implication would be that the occupying Power is under an obligation not to interfere with the exercise of permanent sovereignty by the local population.*” *Id.*, 1974a, p. 20.

Unga nº 76/225/ 2021, a qual versa sobre a “Soberania permanente do povo palestino no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental, e da população árabe no Golã sírio ocupado sobre seus recursos naturais”.⁶⁰⁵ A Resolução reafirma que são inalienáveis os direitos do povo sobre seus recursos naturais, o que lhes assegura, por consequência, o direito a reivindicar restituição pelos danos sofridos, para contenção dos quais reafirma a exploração ambiental por parte de Israel.

Há de se compreender a extensão do termo soberania permanente a partir da obrigação precípua de respeito à autodeterminação de um povo no que tange ao aproveitamento de suas riquezas e recursos naturais. Infere-se, portanto, que o ‘permanente’ subsiste até mesmo nos casos de invasões por terceiros Estados. Isso demonstra, conforme visto, a característica inalienável do conceito, ou seja, a partir da hierarquia de normas de direito internacional, este situa-se em posição superior ao próprio princípio soberano. Então, se ‘permanente’ é algo inalienável e insuscetível a alterações políticas e aos jogos do poder, o conceito remete diretamente à não derogabilidade, o que, por si só, constitui-se em uma perceptível característica de *jus cogens*.

Outro aspecto interessante sobre a rotulagem desse tipo de soberania (sobre os recursos naturais) como permanente é compreender em qual sentido o conceito sobrepõe – ou complementa – a própria definição de soberania. James Hyde já argumentava em artigo de 1956 – contemporâneo à emergência do conceito de PSNR na UN: “[...] a menos que um Estado seja dono de seus próprios recursos, não pode exercer o direito de autodeterminação política”.⁶⁰⁶ Essa asserção, somada aos demais indícios da construção do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, leva à presunção de que a soberania permanente se trata, inclusive, de um requisito essencial para o próprio exercício do poder soberano por determinado povo.

Essa presunção tem ainda mais sentido quando se observa que a construção do termo ‘soberania permanente’ foi realizada à *la carte* para figurar como elemento fundamental dos Pactos sobre Direitos Humanos, os quais visavam representar e garantir o exercício dos valores mais sagrados à humanidade. Não se pode olvidar a intenção da comunidade internacional naquele momento da história mundial, em que o rol dos direitos humanos

⁶⁰⁵ “*Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources.*” UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/76/225**. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2021. Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources. New York: Unga, 2021b.

⁶⁰⁶ HYDE, 1956, p. 857.

fundamentais era listado, um a um, visando à retomada da liberdade, da moral e do senso de humanidade propriamente dito. Compreendendo-se a soberania permanente sob este viés – como princípio-chave da arquitetura moral de um novo mundo –, fatalmente se conclui tratar-se de direitos individuais e coletivos que implicam, acima de tudo, um princípio de justiça.

Assim, o sistema de direitos soberanos é justificável, em termos funcionais, como uma resposta à injustiça histórica de apropriação colonial de recursos naturais, com base na violência, na dominação e na expropriação de recursos naturais por potências estrangeiras. Portanto, soberania ‘permanente’ traduz a conotação de que os recursos e as riquezas naturais pertencentes a um povo, historicamente utilizados com a intenção de subsistência e em proveito próprio, representando sua identidade, cultura e autodeterminação, exprimem uma soberania superior, inalienável e sob proteção do direito internacional. E este parece ser o sentido crucial do conceito: um valor, um princípio de justiça de patamar tão elevado, sob a ótica do direito internacional, que subjuga até mesmo a consagrada definição de soberania, impondo-se a ela e representando algo que a supera.

4.2 A DIMENSÃO NORMATIVA DA SOBERANIA PERMANENTE COMO AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

No segundo capítulo, procedeu-se à análise da autodeterminação como um princípio de valor fundamental para a comunidade internacional de Estados, identificada e reconhecida como norma peremptória de direito internacional, tal como figura na lista não exaustiva da International Law Commission.⁶⁰⁷ Levan Alexidze é da opinião de que o *status jus cogens* do direito à autodeterminação é tão indiscutível que “não há um único canto da Terra” que não reconheça sua importância.⁶⁰⁸ Talvez o aspecto constituinte mais importante da soberania permanente sobre os recursos naturais seja, justamente, a preocupação com a proteção do direito dos povos à sua autodeterminação, decorrente – e apenas presente – no pleno exercício da soberania sobre suas riquezas naturais.

A pré-globalização econômica havida na metade do século XX, por si só, ajuda a explicar os fundamentos normativos da doutrina, eminentemente de propósito público, bem como a identificar as próprias sementes das mudanças que foram sendo incorporadas ao princípio da soberania permanente desde seu pronunciamento embrionário. A PSNR foi

⁶⁰⁷ Cf. a seção 2.7.1.4 Parte 4: Provisões gerais.

⁶⁰⁸ “not a single corner on the Earth”. ALEXIDZE, Levan. The legal nature of jus cogens in contemporary international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, [S. l.], 1981, v. 172, n. 3, p. 219-270, 1981. p. 219.

originalmente concebida como forma de proteção, pela UN, aos países não desenvolvidos, uma oportunidade de crescimento e persecução do bem-estar para os antigos povos colonizados, no cenário de ruptura deixado pela Guerra e de retomada econômica que viria logo a seguir. Embora de caráter político, o conceito desenvolveu seu escopo à medida que a comunidade internacional foi compreendendo suas imensas possibilidades.

Os povos descolonizados – titulares originários do direito à autodeterminação sob a égide da soberania permanente –, muitas vezes, eram grupos multiétnicos unidos essencialmente por sua identidade política e pelo fato de estarem sob dominação territorial estrangeira. No contexto do processo de descolonização, o direito à autodeterminação referia-se, principalmente, ao grupo ocupante de determinado território, com identidade política definida e injustamente dominado por um Estado opressor estrangeiro. Entretanto, conforme se verá a seguir, a colonização chegou ao seu final, e os povos passaram a integrar a sociedade internacional com maior destaque e maiores possibilidades de gestão econômica pela e para as riquezas naturais. A partir daí, nota-se que o escopo da soberania permanente sobre os recursos naturais passa a transitar por outros aspectos do cotidiano internacional, ora como direito humano fundamental (ascendência dos Pactos sobre Direitos Humanos de 1966), ora como fator inalienável de sustentabilidade e autodeterminação. Portanto, partindo-se de uma alteração básica na terminologia adotada pelas Resoluções da UN, já não se falava mais de direito a explorar livremente os recursos, mas antes de soberania permanente sobre os recursos e riquezas naturais, visando à independência dos povos, exemplo máximo do princípio da autodeterminação.

4.2.1 Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais como autodeterminação no âmbito da UN

Não se pode negar o profundo impacto gerado pela emergência do conceito da soberania permanente sobre os recursos naturais durante as discussões havidas no mundo pós-guerra. O período foi marcado pela busca de alternativas para a reconstrução mundial de forma mais equalitária, em uma sociedade de Estados profundamente devastada, em decorrência dos acontecimentos dos anos anteriores. Nesse contexto, transparece a necessidade de cicatrizar o mundo por boas ações, principalmente dirigidas aos países mais pobres, que haviam recentemente conquistado sua independência dos colonizadores, sendo esse o reflexo de um novo mundo, a ser construído pela comunidade internacional.

O conceito inicial de soberania permanente é, portanto, uma ruptura com a situação de dependência econômica por meio da aplicação do princípio básico da desigualdade compensadora. A ascendência da soberania permanente nada mais é do que uma garantia aos países não desenvolvidos, franqueada pelos países colonizadores e pelos detentores dos principais recursos financeiros do planeta, de que suas riquezas e seus recursos naturais serão respeitados como legítima propriedade, assegurando-se sua utilização para o bem comum e para o proveito da presente e das futuras gerações. Dessa forma, no âmbito da UN, identifica-se o projeto da Organização para a retomada da paz mundial e da sobrevivência dos países recém-descolonizados nesse novo período: a garantia da autodeterminação dos povos, do desenvolvimento, do respeito aos direitos humanos e da manutenção da paz, condensada na Resolução Unga nº 523 (VI), de 12 de janeiro de 1952, e na subsequente Resolução nº 626 (VII), de 21 de dezembro de 1952.

A Resolução Unga nº 523/1952 (VI), embrionária da soberania permanente, trouxe a inédita preocupação da comunidade internacional para com a autodeterminação dos povos em relação às suas riquezas naturais. Em um primeiro olhar, duas questões extremamente importantes caracterizam essa Resolução: a primeira é a afirmação ou o reconhecimento da liberdade dos países em desenvolvimento de controlar de forma independente seus recursos naturais; já a segunda significa, basicamente, o desenvolvimento econômico integrado, de forma a auxiliar os países em desenvolvimento por meio de acordos comerciais e da movimentação de máquinas, equipamentos e matérias-primas industriais.⁶⁰⁹ Com efeito, os princípios da ‘autodeterminação’, do ‘desenvolvimento sustentável’ e da ‘soberania permanente sobre os recursos naturais’ são explicitamente referidos na Resolução com certa interdependência, mas de tal sorte que cada qual fornece suporte analítico para o outro – embora os dois últimos ainda figurem, compreensivelmente, de forma ainda embrionária nesse estágio inicial de formação do conceito.

Já a Resolução 626 (VII),⁶¹⁰ do ano seguinte (1953), apresenta um avanço quase que imediato, lapidando com maior propriedade o que hoje se conhece por soberania permanente. Com efeito, a Unga reafirma “[...] que o direito dos povos de usar e explorar livremente suas

⁶⁰⁹ “(b) Consider the possibility of facilitating through commercial agreements: (i) The movement of machinery, equipment and industrial raw materials needed by the underdeveloped countries for their economic development and for the improvement of their standards of living, and (ii) The development of natural resources which can be utilized for the domestic needs of the underdeveloped countries and also for the needs of international trade [...]”. UN, 1952a.

⁶¹⁰ UNITED NATIONS. Resolution 626 (VII). Right to exploit freely natural wealth and resources. Adopted at the 411th plenary meeting, 21 Dec. 1952. United Nations, General Assembly (7th sess.: 1952-1953). In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 7th session, 14 October-21 December 1952.** A/2361. New York: UN, 1952c. p. 18.

riquezas e recursos naturais é inerente à sua soberania e está de acordo com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas”.⁶¹¹ Esse pode ser considerado um conceito elementar da soberania permanente sobre os recursos naturais e que se traduz em autodeterminação, pura e simplesmente.

Ainda no ano de 1952, permeando as discussões para a construção dos Pactos sobre Direitos Humanos, a Comissão de Direitos Humanos da UN, seguindo proposta do Chile, propôs a inclusão das “Recomendações relativas ao respeito à autodeterminação dos povos”, prevendo que “[...] o direito dos povos à autodeterminação também deve incluir a soberania permanente sobre seus recursos e riquezas”.⁶¹² Assim, fortalecendo suas convicções a respeito da PSNR como expressão de autodeterminação dos povos, a própria Assembleia Geral determinou à sua Comissão de Direitos Humanos, por meio Resolução nº 837/1954 (IX), que o conceito fosse incluído nos nascituros Pactos sobre Direitos Humanos, reafirmando “[...] o respeito internacional pelo direito dos povos e nações à autodeterminação, incluindo recomendações sobre a soberania permanente sobre as riquezas e os recursos naturais tendo conta os direitos e obrigações dos Estados no direito internacional”.⁶¹³ A recomendação da Comissão de Direitos Humanos foi idealizada em um *draft* de artigos para os Pactos, os quais previam, no §3º, que

O direito dos povos à autodeterminação incluirá também a soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais. Em nenhum caso um povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência em razão de quaisquer direitos que possam ser reivindicados por outros Estados.⁶¹⁴

Embora com pequena alteração, a inclusão da soberania permanente foi recepcionada nas versões finais do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do

⁶¹¹ “Remembering that the right of peoples freely to use and exploit their natural wealth and resources is inherent in their sovereignty and is in accordance with the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations.” UN, 1952c.

⁶¹² “Decides to include the following article in the draft Covenants on Human Rights: The right of the peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over their wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.” *Ibid.*

⁶¹³ “I. Requests the Commission on Human Rights to complete its recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination, including recommendations concerning their permanent sovereignty over their natural wealth and resources, having due regard to the rights and duties of States under international law and to the importance of encouraging international co-operation in the economic development of under-developed countries, in order that the General Assembly may give those recommendations full and due consideration at its next regular session.” *Id.*, 1954a.

⁶¹⁴ “3. The right of peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over their natural wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.” UNITED NATIONS. Commission on Human Rights. Report of the Tenth Session 23 february-16 april 1954. Economic and Social Council Official Records, Eighteenth Session, Suppl. n. 7, 1954b, p. 62.

Pacto Internacional sobre direito Civis e Políticos, cujo artigo 1º (comum a ambos) assim prevê:

Artigo 1º:

§ 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

§2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do direito internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

Conforme se infere, mais do que expressão de autodeterminação, os Pactos sobre Direitos Humanos consideram o exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais como verdadeiro requisito ao exercício do direito dos povos à autodeterminação. Portanto, não há autodeterminação sem a garantia do direito internacional e da comunidade de Estados de que os povos podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, com fulcro no conceito cada vez mais robusto de soberania permanente. A propósito, é interessante notar a parte final da provisão do § 2º, que atribui ao exercício da soberania permanente o caráter de elemento fundamental à sobrevivência humana, ao afirmar que “[...] em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência”. Nesse sentido, os Pactos traçam importante conexão triangulada entre PSNR, autodeterminação e proteção à vida.

Definitivamente, a década de 50 do século XX representou um avanço meteórico para o desenvolvimento da soberania sobre os recursos naturais: de um conceito de retomada econômica dos países subdesenvolvidos e descolonizados, tornou-se um requisito essencial para exercício da autodeterminação dos povos.

No final da década, precisamente em 1958, a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Geral, por meio da Resolução nº 1.314 (XIII), instituiu uma comissão específica para abordar os principais aspectos da soberania permanente sobre os recursos naturais, tendo notado que esse direito era “[...] um constituinte básico do direito à autodeterminação”.⁶¹⁵ Os

⁶¹⁵ “1. *Decides to establish a Commission composed of Afghanistan, Chile, Guatemala, the Netherlands, the Philippines, Sweden, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Arab Republic and the United States of America to conduct a full survey of the status of this basic constituent of the right to self-determination, with recommendations, where necessary, for its strengthening, and further decides that, in the conduct of the full survey of the status of the permanent sovereignty of peoples and nations over their natural wealth and resources, due regard shall be paid to the rights and duties of States under international law and to the importance of encouraging international co-operation in the economic development of under-developed countries.*” UNITED NATIONS. Resolution 1314 (XIII). Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination. 788th plenary meeting, 12 December 1958. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Third Committee**. New York, 1958b. p. 27.

estudos sobre soberania permanente resultaram na aprovação da Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII), a qual pode ser considerada a mais completa das Resoluções sobre o tema, conforme verificado no segundo capítulo deste trabalho. A Resolução, denominada *Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais*, foi aprovada por 87 votos a favor, 2 contra (França e África do Sul) e 12 abstenções (países da URSS).⁶¹⁶

A Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII) estabelece que os Estados e as Organizações Internacionais devem respeitar rigorosa e conscientemente a soberania dos povos e das nações sobre suas riquezas e recursos naturais, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios contidos na Resolução. A composição do texto final dispõe esses princípios em oito artigos, ao longo dos quais aborda a exploração dos recursos e das riquezas pelos Estados que os detêm, sua utilização para o desenvolvimento próprio, a disposição dos recursos naturais, sua nacionalização e expropriação, o investimento estrangeiro, a distribuição de lucros e o respeito dos Estados à igualdade soberana. O destaque, certamente, é a concepção de que a PSNR se trata de princípio fundamental, em razão de sua relação com o direito de autodeterminação e de seu caráter de direito universal e inalienável. E é justamente a partir desse pressuposto que se vislumbra a passagem da soberania permanente de um princípio relacionado ao direito geral dos Estados de buscar e promover seu desenvolvimento econômico para um princípio distinto em si mesmo, cuja independência é suportada pela criação e o fortalecimento da soberania inalienável sobre as riquezas e os recursos naturais, de forma absoluta, sem possibilidades de derrogação, até seu reconhecimento como *jus cogens*.

Similarmente, não pode passar despercebido um aspecto vital no preâmbulo da Resolução: a afirmação do desejo de promover a cooperação internacional para o desenvolvimento econômico dos países, de acordo com a qual os acordos internacionais nesse sentido “[...] devem ser baseados nos princípios da igualdade e no direito das pessoas e nações à autodeterminação”.⁶¹⁷ Além disso, os princípios insculpidos nas declarações 1, 2 e 3 contextualizam a inserção do elemento intrínseco de autodeterminação no conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais:

1. O direito dos povos e das nações a soberania permanente sobre suas riquezas e seus recursos naturais deve ser exercido no interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do respectivo Estado.
2. A exploração, o desenvolvimento e a disposição de tais recursos, assim como a importação de capital estrangeiro para efetivá-los, deverão estar em conformidade

⁶¹⁶ GESS, 1964, p. 448.

⁶¹⁷ “Considering that it is desirable to promote international co-operation for the economic development of developing countries, and that economic and financial agreements between the developed and the developing countries must be based on the principles of equality and of the right of peoples and nations to self-determination.” UN, 1962, p. 15.

com as regras e condições que estes povos e nações livremente considerem necessários ou desejáveis para autorizar, limitar ou proibir tais atividades.

5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre seus recursos naturais deve ser fomentado de acordo com o mútuo respeito entre os Estados, baseado em sua igualdade soberana.⁶¹⁸

Portanto, o que se depreende da principal Resolução da Assembleia Geral sobre o conceito de PSNR – aliás, como se observa desde a sua gênese – é que o exercício desse direito é um elemento fundamental da autodeterminação dos povos. Em outras palavras, não há autodeterminação se não for observada e garantida a soberania permanente sobre os recursos naturais.

Um último, porém não menos importante aspecto a se destacar quanto à Resolução Unga nº 1.803/1962 é a relação do exercício da PSNR com a própria manutenção da paz mundial, ao declarar, como pressuposto, que esse direito deve ser respeitado pela comunidade internacional, para evitar potenciais conflitos. Da mesma forma, a Resolução equipara a soberania permanente sobre os recursos naturais com os princípios defendidos pela Carta das Nações Unidas, a partir do momento que declara que sua violação “[...] impede o desenvolvimento da cooperação internacional e da manutenção da paz”, a teor do disposto no seu parágrafo 7º.⁶¹⁹ A propósito, a Resolução Unga nº 2.993/1972 (XXVII), na mesma linha, declara que qualquer medida ou pressão dirigida contra qualquer Estado que exerça o direito soberano de dispor livremente de seus recursos naturais é uma violação flagrante dos princípios de autodeterminação dos povos e de não intervenção, conforme estabelecido na Carta, que, se praticada, “[...] pode constituir uma ameaça à paz e segurança internacionais”.⁶²⁰

Por sua vez, a Resolução Unga nº 3201/1974 (S-01) – Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional⁶²¹ – estabeleceu como um dos

⁶¹⁸ “1. *The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned, 2. The exploration, development and disposition of such resources, as well as the import of the foreign capital required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities. 5. The free and beneficial exercise of the sovereignty of peoples and nations over their natural resources must be furthered by the mutual respect of States based on their sovereign equality.*” UN, 1962.

⁶¹⁹ “7. *Violation of the rights of peoples and nations to sovereignty over their natural wealth and resources is contrary to the spirit and principles of the Charter of the United Nations and hinders the development of international co-operation and the maintenance of peace.*” *Ibid.*

⁶²⁰ “4. *Reaffirms that any measure or pressure directed against any State while exercising its sovereign right freely to dispose of its natural resources constitutes a flagrant violation of the principles of self-determination of peoples and non-intervention, as set forth in the Charter, which, if pursued, could constitute a threat to international peace and security.*” *Id.*, 1972a, p. 21.

⁶²¹ *Id.*, 1974a.

princípios da nova ordem econômica internacional a plena soberania permanente de cada Estado sobre seus recursos naturais e sobre todas as suas atividades econômicas, bem como que nenhum Estado deve estar sujeito à coação econômica, política ou qualquer outra que obste o livre e irrestrito gozo desse direito inalienável.⁶²² Nesse sentido, conforme já mencionado, é interessante perceber que, mesmo em situação de ocupação de um Estado por outro, a soberania permanente sobre os recursos naturais deve ser respeitada, conforme declara a Resolução da UN 58/229, de 25 de fevereiro de 2004,⁶²³ intitulada *Permanent sovereignty of the Palestinian people in the occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources*. Nesse caso, a Assembleia Geral reafirmou a soberania dos povos sob ocupação estrangeira em relação a seus recursos naturais e expressou o direito inalienável do povo palestino e da população das Colinas de Golan aos seus recursos naturais, incluindo água e terras ocupadas.

Como último destaque das Resoluções da Unga sobre o binômio soberania permanente e autodeterminação, a Resolução nº 61/295/2007 introduziu a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – Undrip*).⁶²⁴ Particularmente, a Declaração reconhece o direito dos povos indígenas à autodeterminação e ao uso dos recursos que tradicionalmente possuem, ocupam ou foram por eles adquiridos de outra forma dentro de seu Estado-nação:

Artigo 3 - Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 29 - 1. Os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas para assegurar essa conservação e proteção, sem qualquer discriminação.⁶²⁵

⁶²² “(e) Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right”. UN, 1974a, p. 4.

⁶²³ *Id.*, 2003.

⁶²⁴ UNITED NATIONS. **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)**. Adopted by the General Assembly on Thursday, 13 September 2007. A/RES/61/295. New York: UN, 2007.

⁶²⁵ “Article 29 1. Indigenous peoples have the right to the conservation and protection of the environment and the productive capacity of their lands or territories and resources. States shall establish and implement assistance programmes for indigenous peoples for such conservation and protection, without discrimination.” *Ibid.*, p. 21.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas recebeu votos a favor de 144 Estados, 4 votos contra (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos) e 11 abstenções. Entretanto, desde a adoção da Declaração, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos e Canadá reverteram suas posições e expressaram apoio, retificando seus votos. Por consequência, durante a Conferência de Revisão de Durban, em abril de 2009, 182 Estados chegaram a um consenso sobre um documento final, por meio do qual adotaram a Declaração da UN sobre os Direitos dos Povos Indígenas, exercendo assim um impacto positivo sobre a proteção dos sujeitos de direito e robustecendo a *opinio juris* em torno do conceito. Conforme expressou o alto comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a Declaração deve instar os Estados a tomar todas as medidas necessárias para implementar os direitos dos povos indígenas de acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos, sem discriminação.⁶²⁶ Com efeito, nota-se que os direitos sobre a propriedade e os recursos naturais foram geralmente afirmados por muitos países, assim como em decisões de tribunais regionais de direitos humanos e leis domésticas, destacando-se a crescente aceitação internacional do fato de que os povos indígenas devem controlar seus próprios recursos naturais, para sua autodeterminação política e econômica. As ligações entre a PSNR e os direitos dos povos indígenas são, portanto, mais pronunciadas do que nunca, como exemplificado pelo crescente número de instrumentos internacionais que reconhecem seus direitos.

Conforme pôde-se perceber até então, o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais evoluiu bruscamente no âmbito das Nações Unidas desde a sua aparição, ainda embrionária, na década de 50 do século passado. Entretanto, desde seu nascimento como parte dos debates sobre a promoção e o financiamento do desenvolvimento econômico em países subdesenvolvidos no âmbito da Assembleia Geral, percebe-se que a soberania permanente sobre os recursos naturais é expressão da autodeterminação dos povos e, por vezes, apresenta-se, inclusive, como requisito ao seu exercício. Eis a linha do tempo:

- Inicialmente, a partir da Resolução Unga n° 523/1952, de aspecto meramente econômico, realçava-se o direito dos países subdesenvolvidos em determinar livremente o uso das suas riquezas naturais para o desenvolvimento econômico;

⁶²⁶ UNITED NATIONS. **Outcome document of the Durban Review Conference.** The Durban Review Conference took place between 20 and 24 April 2009 in Geneva, Switzerland. 2009. [S. l.: s. n.], 2009b.

- Já na Resolução nº 626/1962 (VII), reafirmou-se “[...] que o direito dos povos de usar e explorar livremente suas riquezas e recursos naturais é inerente à sua soberania e está de acordo com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas”;⁶²⁷
- Após visível evolução, assegurou-se que “[...] o direito dos povos à autodeterminação incluirá também a soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais” e que “[...] em nenhum caso um povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência em razão de quaisquer direitos que possam ser reivindicados por outros Estados”;⁶²⁸
- Na Resolução 1.803/1962, determinou-se que “O direito dos povos e nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido no interesse de seu desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em questão”;⁶²⁹
- Por fim, a partir da Resolução nº 2.993/1972 (XXVII), reafirmou-se que eventuais medidas ou pressões contra qualquer Estado no exercício de seu direito soberano de dispor livremente de seus recursos naturais “[...] constitui uma violação flagrante dos princípios de autodeterminação dos povos e de não intervenção, consagrados na Carta, que, se perseguido, poderia constituir uma ameaça à paz internacional e segurança”.⁶³⁰

Assim, é nítido que os princípios de autodeterminação e da soberania permanente sobre os recursos naturais evoluíram conjunta e notadamente pelas Resoluções normativas provenientes de vários órgãos das Nações Unidas, incluindo Resoluções da Assembleia Geral, do Conselho Econômico e Social, da antiga Comissão de Direitos Humanos e da UNCTAD. Com efeito, o conteúdo contemporâneo dos princípios da autodeterminação econômica e política e da soberania permanente mostram sua inter-relação com o direito ao desenvolvimento, quando não uma interação simbiótica.

⁶²⁷ “Nota 621: Remembering that the right of peoples freely to use and exploit their natural wealth and resources is inherent in their sovereignty and is in accordance with the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations.” UN, 1952c.

⁶²⁸ “The right of peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over their natural wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.” *Id.*, 1954b.

⁶²⁹ “The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.” *Ibid.*

⁶³⁰ “4. Reaffirms that any measure or pressure directed against any State while exercising its sovereign right freely to dispose of its natural resources constitutes a flagrant violation of the principles of self-determination of peoples and non-intervention, as set forth in the Charter, which, if pursued, could constitute a threat to international peace and security.” *Id.*, 1972a.

4.2.2 Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais como autodeterminação a partir do *case law*

Desde a gênese do conceito, pode-se afirmar que raramente a soberania permanente sobre os recursos naturais figurou como centro do debate judicial, embora tenha despontado como argumento em alguns casos de destaque, tanto por invocação das partes quanto em decisões, opiniões consultivas ou votos dissidentes, conforme relatado no capítulo anterior. Embora a ausência de opinião definitiva emanada da ICJ possa até ter ameaçado o princípio por obsolescência, a soberania permanente, pelos valores que representa – em especial a autodeterminação dos povos –, não pode ser considerada uma indeterminação jurídica na ordem jurídica internacional.

Algumas decisões da ICJ parecem indicar, mesmo que transversalmente, a correlação entre a soberania permanente e a autodeterminação, especialmente em se tratando de territórios ocupados, garantindo o exercício da soberania permanente pelos povos subjugados como um elemento fundamental de autodeterminação. No *Namibia Advisory Opinion*,⁶³¹ por exemplo, a Corte, ao considerar a questão pela primeira vez, afirmou que “[...] o desenvolvimento subsequente do direito internacional em relação aos territórios não autônomos, conforme consagrado na Carta das Nações Unidas, tornou o princípio da autodeterminação aplicável a todas as nações”.⁶³² Essa posição foi posteriormente fortalecida no *Western Sahara case* (1975),⁶³³ no qual o juiz Hardy Dillard reconheceu que “[...] emergiu uma norma de direito internacional aplicável à descolonização dos territórios não autônomos que estão sob a égide das Nações Unidas”.⁶³⁴ No *case Palestinian Wall*,⁶³⁵ ficaram evidenciadas as consequências jurídicas para outros Estados, tendo a Corte assinalado que “[...] as obrigações violadas por Israel incluem certas obrigações *erga omnes*”.⁶³⁶ Como a Corte indicou no *case Barcelona Traction*,⁶³⁷ essas obrigações, por sua própria natureza, “[...] dizem respeito a todos os Estados”, e, “[...] em vista da importância dos direitos envolvidos, todos os

⁶³¹ ICJ, 1971.

⁶³² “[...] *the subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all Nations*”. *Ibid.*, p. 31, *advisory opinion*.

⁶³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Western Sahara**. Overview of the case (Advisory Opinion). 16 out. 1975. ICJ, San Francisco, [2017?].

⁶³⁴ “[...] *a norm of international law has emerged applicable to the decolonization of those non-self-governing territories which are under the aegis of the United Nations*”. *Ibid.*, p. 121.

⁶³⁵ *Id.*, 2004.

⁶³⁶ “155. *The Court would observe that the obligations violated by Israel include certain obligations erga omnes.*” *Ibid.*, p. 199, § 155.

⁶³⁷ *Id.*, 1970, p. 23, § 33.

Estados podem ser considerados juridicamente interessados na sua proteção”.⁶³⁸ As obrigações *erga omnes* violadas por Israel são as obrigações de respeitar o direito do povo palestino à autodeterminação e certas obrigações de direito internacional humanitário.

Entretanto, no *case Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs Uganda)*, nota-se uma importante evolução na abordagem do conceito de soberania permanente pela ICJ. O caso tratava da exploração ilegal dos recursos naturais congolezes por Uganda, a qual era julgada por pilhagem de bens e riquezas, bem como por não tomar as medidas adequadas para impedir a exploração ilegal dos recursos naturais da RDC por pessoas sob sua jurisdição ou controle – ou seja, a demanda era, justamente, “[...] o dever de promover a realização do princípio da igualdade dos povos e do seu direito à autodeterminação e, conseqüentemente, abster-se de expor os povos à subjugação, dominação ou exploração estrangeira”.⁶³⁹ O *case* tornou-se emblemático para os estudos sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, pois, segundo expressamente manifestado pela Corte, a PSNR adquiriu *status* de direito internacional consuetudinário,⁶⁴⁰ ou seja, eis aí um importante aspecto para compreender o conceito como norma peremptória de direito internacional. No caso, a Corte reconheceu as potenciais limitações da aplicação do direito internacional no contexto da exploração ilegal de recursos durante conflitos armados, porém, ao concluir que reconhece a soberania permanente por sua importância na ordem jurídica e por tratá-la como princípio de direito internacional consuetudinário, expressamente demonstrou um tratamento diferenciado ao conceito, conferindo-lhe características de prática reiterada e *opinio juris*, sendo este um passo fundamental para a conclusão de que se trata de norma inderrogável de direito internacional geral.

O mais emblemático caso em que a soberania permanente sobre os recursos naturais se encontra com o conceito de autodeterminação é o já analisado *case East Timor*,⁶⁴¹ no qual Portugal, em 1991, contestou o acordo entre Austrália e Indonésia (*Timor Gap Treaty*), afirmando que o teor do documento ofendia a soberania permanente de Timor-Leste. Embora a maioria da Corte tenha opinado sobre a ausência de jurisdição para julgamento do caso (ausência da Indonésia como parte, a qual não aceitou a jurisdição da Corte) e rejeitado o

⁶³⁸ “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’”. ICJ, 1970.

⁶³⁹ “The duty to promote the realization of the principle of equality of peoples and of their right of self-determination, and consequently to refrain from exposing peoples to foreign subjugation, domination or exploitation.” *Id.*, 2005, p. 245, § 222.

⁶⁴⁰ “While recognizing the importance of this principle, which is a principle of customary international law”. *Ibid.*, p. 87, § 244.

⁶⁴¹ Cf. a seção 3.6.6.1.

argumento de Portugal de que o direito violado pela Austrália continha efeitos *erga omnes*, houve concordância acerca da questão de que o direito dos povos à autodeterminação possui, de fato, um caráter *erga omnes* e de que o princípio da autodeterminação dos povos havia sido reconhecido pela Carta das Nações Unidas e na jurisprudência da Corte, portanto apresentava-se como um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo.

No entanto, no *case East Timor* sobressaiu-se a opinião divergente do juiz Weeramantry, o qual reconheceu o caráter vinculante da soberania permanente sobre os recursos naturais e seu efeito *erga omnes* como princípio essencial do direito internacional contemporâneo. Weeramantry defendeu a relevância das Resoluções das Nações Unidas sobre autodeterminação, alegando que forneciam razões suficientes para que a Corte pudesse reconhecer que o direito à autodeterminação não fora exercido pelo povo de Timor-Leste. Mais do que isso, o juiz estabeleceu, objetivamente, a relação entre autodeterminação e soberania permanente sobre os recursos naturais, observando que esta deveria ser incluída no próprio conceito de autodeterminação:

É corolário dessa proposição que o direito de soberania permanente sobre os recursos naturais também não tenha sido exercido, pois a autodeterminação inclui por definição o direito de soberania permanente sobre os recursos naturais. Qualquer ato que trate desses recursos, a não ser por parte do povo timorense ou do seu representante devidamente constituído, aponta inexoravelmente para a violação de um princípio fundamental, tanto do direito internacional geral como da Carta das Nações Unidas.⁶⁴²

Com efeito, percebe-se que a opinião em separado de Weeramantry aprofunda a soberania permanente, de forma que sua violação refletiria, da mesma forma, uma violação do princípio fundamental da Carta, e “Essa forma superior de reconhecimento concentra a atenção mais acentuadamente na alegada incompatibilidade da ação australiana com os direitos de autodeterminação e soberania permanente do Timor-Leste”.⁶⁴³ A ‘forma superior de reconhecimento’ parece aproximar o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais de um preceito de *jus cogens*, especialmente quando o juiz opina: “[...] mais propriamente dito, a sugestão é então de um choque entre a norma peremptória da soberania

⁶⁴² “It is a corollary to that proposition that the right of permanent sovereignty over natural resources has, likewise, not been exercised, for self-determination includes by very definition the right of permanent sovereignty over natural resources. Any act dealing with those resources, otherwise than by the East Timorese people or their duly constituted representative, thus points inexorably to a violation of a fundamental principle, both of general international law and of the United Nations Charter”. ICJ, 1995, p. 200, dissenting opinion of judge Weeramantry.

⁶⁴³ “This high form of recognition focuses attention more sharply on the alleged incompatibility of the Australian action with East Timor’s rights of self-determination and permanent sovereignty.” *Ibid.*, p. 204.

permanente da Austrália sobre seus recursos naturais e a norma peremptória da soberania permanente de Timor-Leste sobre seus recursos naturais”.⁶⁴⁴

No âmbito do ICSID, no case *El Paso Energy International Co. vs Argentina*, o parecer de Muthucumaraswamy Sornarajah foi no sentido de que, em caso de crise, o interesse público sofre modificação, e, na esteira dessa mudança, as obrigações em relação ao investidor estrangeiro também se modificam, defendendo que os campos de petróleo argentinos eram de domínio público e que esse domínio era consistente com a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais. De acordo com o referido parecer, Sornarajah afirmou que a autodeterminação sobre os recursos naturais argentinos deveria ser vista sob a luz da doutrina da soberania permanente, frisando “[...] que as autoridades consideram [a soberania permanente] equivalente a um princípio *jus cogens* do direito internacional”,⁶⁴⁵ e “[...] um princípio de *jus cogens* está acima de compromissos de tratados feitos por um Estado. A doutrina exige que os recursos naturais sejam utilizados para o bem do povo do Estado”.⁶⁴⁶

De uma forma geral, os *cases law* ao redor dos quais orbita a soberania permanente sobre os recursos naturais, conforme já referido, raramente consideraram o conceito como aspecto principal para a definição da jurisdição de tribunais internacionais. Isso se deve, principalmente, pela névoa que ainda paira sobre o conceito e sua compleição, como a identificação, o reconhecimento e a natureza jurídica da norma, embora já se somem setenta anos desde sua emergência no direito internacional. Entretanto, em uma análise mais profunda, verifica-se que a soberania permanente sobre os recursos naturais anda lado a lado com o direito à autodeterminação, e ambos são considerados componentes um do outro. Essa acepção permite presumir que a soberania permanente – embora arraigada no princípio da autodeterminação – ainda possui um vasto campo para seu desenvolvimento e evolução na ordem jurídica internacional, o que poderá ocorrer naturalmente a partir de uma compreensão mais definitiva do conceito, de sua aplicação em casos concretos e de sua identificação pela comunidade internacional como norma imperativa de direito internacional.

Assim, conforme amplamente analisado – principalmente a partir das Resoluções da Unga sobre o objeto e de importantes decisões e opiniões jurídicas no âmbito de tribunais

⁶⁴⁴ “*More properly stated, the suggestion is then of a clash between the peremptory norm of Australia's permanent sovereignty over its natural resources and the peremptory norm of East Timor's permanent sovereignty over its natural resources*”. ICJ, 1995, p. 203.

⁶⁴⁵ “[...] *which authorities regard as amounting to a jus cogens principle of international law*”. *Ibid.*, p. 23-24

⁶⁴⁶ “*A jus cogens principle stands higher than treaty commitments made by a state. The doctrine requires that natural resources be utilised for the betterment of the people of the state*”. ICSID, 2011, p. 24, *legal opinion of M. Sornarajah*.

internacionais –, conclui-se que a soberania permanente é sucedânea da autodeterminação, em relação aos recursos naturais, sendo esta sua característica angular. Com efeito, as fases embrionárias do conceito na UN determinam essa clara feição de que a construção conceitual da soberania permanente foi sedimentada no interesse público, protegendo a livre utilização dos recursos naturais de forma ostensiva e defendendo a premissa de livre exercício desse direito com base em preocupações transnacionais predominantes. O teor das Resoluções da Unga indica que a soberania permanente é uma expressão fundamental da autodeterminação, a qual, por sua vez, também é expressão fundamental de princípios inatacáveis e intransigentes na ordem jurídica internacional. A autodeterminação – traduzida como garantia dos interesses nacionais subjacentes ao direito de determinar livremente o uso dos recursos naturais por seus indivíduos –, portanto, transfere à soberania permanente sua roupagem de gala perante a ordem legal internacional: o *status* de *jus cogens*. Isso se dá não apenas por conterem e representarem valores vitais à humanidade mas também por adotarem um predicado necessário para o desenvolvimento da comunidade internacional em relação às preocupações econômicas internacionais compartilhadas, ao uso saudável e sustentável do ambiente e à manutenção da paz. Portanto, a soberania permanente sobre os recursos naturais mostra-se como a expressão mais marcante da autodeterminação de um povo, e ambas se constituem em conceitos pareados, cuja simbiose é a base da liberdade e da justiça no âmbito da comunidade internacional.

4.3 PSNR E O DIREITO AO AMBIENTE LIMPO, SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos que alicerçam a proteção aos recursos naturais são puramente morais, construídos exclusivamente a partir da moralidade na concepção de justiça ambiental. São direitos que indivíduos ou coletivos têm como uma implicação de um princípio moral geral ou um princípio de justiça que deve ser justificado, independentemente de instituições, relações ou estruturas legais existentes. Essa é a base do conceito de soberania permanente, expressão do direito dos povos em exercer sua autodeterminação por meio do uso de recursos naturais em benefício intra e intergeracional, obrigando o Estado a prover um ambiente limpo, saudável e sustentável para esse fim.

De uma forma geral, as Resoluções da Unga que tratam especificamente da soberania permanente enfatizam a autodeterminação, reservando o direito de utilização das riquezas e recursos em prol do povo. Isso presume a existência de uma obrigação inerente ao exercício

dessa autodeterminação, que é a utilização dos bens de forma sustentável e controlada, com vistas, primeiramente, a garantir que não escasseiem e, em segundo lugar, a salvaguardar o futuro dos indivíduos ou grupos quanto à sua subsistência e ao seu bem-estar. Nesse sentido, a Resolução Unga nº 626/1952 (VII), uma das precursoras em matéria de soberania permanente, estabelece que o exercício do direito de utilizar livremente os recursos naturais foi precedido por uma regra fundamental, conforme se denota no preâmbulo: “Tendo em mente a necessidade de incentivar os países subdesenvolvidos no uso e aproveitamento adequado de suas riquezas e recursos naturais”.⁶⁴⁷

Essa regra permeou as Resoluções da Unga posteriores que trataram sobre a soberania permanente, porém com outras roupagens. A Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII), considerada a mais completa em se tratando de soberania permanente, previa em seu artigo 1º que “O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do ‘desenvolvimento nacional e bem-estar do povo’ do respectivo Estado”.⁶⁴⁸ Importante reconhecer no binômio desenvolvimento/bem-estar a evidência de que o pleno exercício da soberania permanente, que visava, antes de tudo, ao desenvolvimento econômico dos países subdesenvolvidos na década de 1960, implica a obrigação de preservar esses recursos, a fim de atingir a plena autossuficiência e o propalado bem-estar. Em outras palavras, a soberania permanente se constitui em um direito ambiental fundamental e intimamente ligado ao desenvolvimento sustentável.

Em 2015, a UN se reuniu em Nova York para discutir sobre os destinos do planeta e da humanidade, na que pode ser considerada, talvez, a mais profunda análise, em nível mundial, sobre as questões relacionadas ao combate às desigualdades econômico-sociais nos países e entre eles, aos direitos humanos e à proteção duradoura do planeta e de seus recursos naturais. O resultado das discussões foi a edição do documento *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, incorporado à Resolução Unga nº 70/1/2015.

A introdução da Agenda 2030 estabelece o teor dos objetivos traçados pelas Nações Unidas, a partir da adoção de um plano de ação destinado às pessoas, ao planeta e à prosperidade: “Em nome dos povos que servimos, nós adotamos uma decisão histórica sobre um conjunto de objetivos e metas universais e transformadoras, que é abrangente, de longo

⁶⁴⁷ “Bearing in mind the need for encouraging the under-developed countries in the proper use and exploitation of their natural wealth and resources.” UN, 1952c.

⁶⁴⁸ “1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the wellbeing of the people of the State concerned.” *Id.*, 1962, p. 15.

alcance e centrada nas pessoas”.⁶⁴⁹ O resgate da humanidade como elemento central nas ações de busca por um desenvolvimento global é reafirmado pelas Nações Unidas, demonstrando o objetivo comum de proteger os valores superiores e capazes de traduzir de forma inequívoca as aspirações da humanidade.

Embora não conte com um significativo efeito vinculante – exceção aos temas já tradicionalmente reconhecidos e tratados pelo direito internacional –, a Agenda pode ser considerada como uma importante, ampla e detalhada carta de intenções, fornecendo elementos relevantes para a compreensão do que se espera como solução para o futuro da humanidade.

Inobstante, a Resolução Unga n° 70/1/2015 reservou especial referência à soberania permanente sobre os recursos naturais, justamente porque neste conceito conflui uma série de valores inexoráveis à vida humana, exurgindo como um destacado requisito para a consecução de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas a eles associadas, denominados como ‘nova agenda’:

Anunciamos hoje 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com 169 metas associadas, integradas e indivisíveis. Nunca antes os líderes mundiais prometeram ações e esforços comuns em uma agenda política tão ampla e universal. Estamos iniciando juntos o caminho para o desenvolvimento sustentável, dedicando-nos coletivamente à busca do desenvolvimento global e da cooperação “ganha-ganha”, que pode trazer enormes ganhos para todos os países e todas as partes do mundo. **Reafirmamos que todo Estado tem e exercerá, livremente, soberania plena e permanente sobre todas as suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas.** Implementaremos a Agenda para o benefício total de todos, para a geração de hoje e para as gerações futuras. Ao fazê-lo, reafirmamos nosso compromisso com o direito internacional e enfatizamos que a Agenda deve ser implementada de maneira consistente com os direitos e as obrigações dos Estados sob o direito internacional.⁶⁵⁰ (grifo nosso).

Segundo a Resolução, conforme se infere, o respeito à soberania permanente sobre os recursos naturais é fundamental para a consecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável, deixando absolutamente claro que o desenvolvimento sustentável está arraigado na base do próprio conceito. Essa é uma importante ilação para se compreender a soberania

⁶⁴⁹ “On behalf of the peoples we serve, we have adopted a historic decision on a comprehensive, far-reaching and people-centred set of universal and transformative Goals and targets”. UN, 2015a, p. 3.

⁶⁵⁰ “18. We are announcing today 17 Sustainable Development Goals with 169 associated targets which are integrated and indivisible. Never before have world leaders pledged common action and endeavour across such a broad and universal policy agenda. We are setting out together on the path towards sustainable development, devoting ourselves collectively to the pursuit of global development and of “win-win” cooperation which can bring huge gains to all countries and all parts of the world. We reaffirm that every State has, and shall freely exercise, full permanent sovereignty over all its wealth, natural resources and economic activity. We will implement the Agenda for the full benefit of all, for today’s generation and for future generations. In doing so, we reaffirm our commitment to international law and emphasize that the Agenda is to be implemented in a manner that is consistent with the rights and obligations of States under international law.” *Ibid.*, p. 6.

permanente como um dos direitos ambientais básicos da humanidade, exprimindo o acesso intransigente às riquezas e aos recursos naturais de forma a prover a subsistência e assegurar a autodeterminação ambiental – da qual decorre a autodeterminação social, política e econômica.

Similarmente, as Resoluções voltadas ao tema da soberania permanente na Unga precisam ser lidas à luz dos princípios gerais do direito internacional, conforme propõe o excerto da Resolução nº 70/1/2015 acima transcrito. O exercício da soberania permanente enseja, primeiramente, um alinhamento das legislações nacionais de utilização dos recursos às normas ambientais internacionais e, principalmente, às obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Uma norma internacional consuetudinária fundamental – muitas vezes considerada a pedra angular do direito ambiental internacional – traduz-se na obrigação internacional de que nenhum Estado use seu território para causar danos ambientais a outros Estados ou a áreas além da jurisdição nacional. Essa premissa está consagrada nas principais declarações que definem os princípios do direito ambiental internacional, bem como em tratados. Portanto, há uma responsabilidade implícita e que limita a soberania estatal em relação à forma como os recursos naturais são administrados, porquanto Estados não têm o direito absoluto e irrestrito de exaurir seus recursos naturais às expensas do desequilíbrio conservacionista de espécies, do exaurimento de recursos hídricos, da emissão de gases e efluentes poluidores, na medida em que são obrigados respeitar os direitos de outros Estados e não causar danos transfronteiriços.

Com efeito, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, comumente referida como Declaração de Estocolmo, em seu Princípio 21, menciona expressamente o direito ao exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais em seu dúplice caráter: de respeito à soberania interna, porém decorrente da obrigação de não causar danos ou poluição transfronteiriços:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades levadas a cabo dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não

prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.⁶⁵¹

Interessante notar que o Princípio 21, concebido em 1972, veio a ser fielmente reeditado vinte anos depois, na Rio 92 – Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Phillip Sands argumenta que esse princípio, presente nas duas Declarações, pode ser considerado a pedra angular do direito ambiental internacional.⁶⁵²

Portanto, o direito à soberania permanente sobre os recursos naturais, embora inclua elementos de autodeterminação e soberania, também está sujeito às limitações gerais do princípio da soberania do Estado sob o direito internacional. Talvez esse seja o maior paradoxo em relação ao conceito de soberania permanente: exercer livremente a soberania permanente sobre os recursos naturais, implicitamente, também é um não fazer – o que não lhe retira o caráter de norma de alta hierarquia na ordem jurídica internacional.

Assim, não se pode olvidar que o funcionamento prático da soberania permanente está intrinsecamente interligado com a doutrina do desenvolvimento sustentável. Também consagrado como preceito de aplicação universal, o desenvolvimento sustentável pode ser considerado um princípio ambiental absoluto e inseparável do desenvolvimento econômico. Nesse contexto, a soberania permanente, aparentemente, transita entre dois aspectos de uma única doutrina. Independentemente dessa relação próxima e, por vezes, confusa entre as doutrinas, permanece incontroverso que ambas estão interconectadas, justamente por partilharem de uma origem histórica comum, fundada no processo de descolonização. A estreita relação entre a soberania permanente sobre os recursos naturais e os preceitos de desenvolvimento sustentável, a partir de sua historicidade comum, contribui para o tratamento da soberania permanente como norma jurídica absoluta, intuitiva e que não pode ser comprometida. Assim, a relação entre soberania permanente e desenvolvimento sustentável permite o reconhecimento, em ambos, do *status* de direito ambiental, cujo exercício se dá no interesse da manutenção da própria existência humana, caracterizando-se como um dos

⁶⁵¹ “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. First World Conference on the Environment, Stockholm, United Nations, 5-16 June 1972. New York: UN, 1972b; UNITED NATIONS. General Assembly. Rio Declaration on Environment and Development. **Report of the United Nations Conference on Environment and Development**, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992. New York: Unga, 1992.

⁶⁵² SANDS, 2011, p. 236.

valores vitais da humanidade, que, nessa capacidade, deve ser protegido pelas normas fundamentais que regem a comunidade internacional.

Após abordar a soberania permanente sobre os recursos naturais como um direito (e obrigação) ambiental relacionado ao desenvolvimento sustentável – e em especial pelo bem vital tutelado por ambos conceitos –, percebe-se como a soberania permanente é negligenciada pelo direito internacional, ao não o interpretar a partir dos princípios morais que lhe são inerentes. Uma interpretação mais acurada deve remontar à origem histórica da soberania permanente, baseando-se na moral do direito internacional do pós-guerra, a qual lapidou o conceito no decorrer de uma década, sempre amparando-o na autodeterminação e nos direitos humanos. Essa é, justamente, a feição final da soberania permanente sobre os recursos naturais a ser abordada, estabelecendo o conceito como um princípio moral e decorrente do exercício dos direitos humanos, seja pela vertente da autodeterminação, seja por sua identificação como parte dos direitos ambientais.

A ligação da soberania permanente sobre os recursos naturais com os direitos humanos não é recente. A construção do conceito no âmbito da UN foi albergada, justamente, na Comissão de Direitos Humanos da Organização, ainda no século passado, partindo da própria Comissão a inserção da soberania permanente sobre os recursos naturais, conforme visto, no *draft* e no texto final dos Pactos sobre Direitos Humanos da UN – Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambas de 1966. Assim, convém lembrar de que ambos os Pactos nominam, como expressão dos direitos humanos ali tutelados, o direito à autodeterminação (art. 1º, ‘1’) e a soberania permanente sobre os recursos naturais (art. 1º, ‘2’). Ou seja, seria necessário um grande esforço hermenêutico para inadmitir a soberania permanente sobre os recursos naturais como direito humano, tal como figura no texto final dos Pactos sobre Direitos Humanos, os quais foram concebidos a partir da Comissão de Direitos Humanos da Unga.

Sob esse viés, o fato de que o direito à autodeterminação e a soberania permanente sobre os recursos naturais se apresentem como corolários dos Pactos sobre Direitos Humanos – e, portanto, façam parte do rol dos direitos humanos – implica um reforço mútuo entre essas normas fundamentais na ordem jurídica internacional. O vínculo fica evidente no alcance do direito à autodeterminação e, por extensão, no alcance da soberania permanente, os quais também podem ser determinados e interpretados a partir dos direitos humanos. A associação com os direitos humanos estende o significado da soberania permanente para além do contexto da descolonização, permitindo a qualquer coletivo autodeterminado (indígenas, por exemplo) aspirar a uma autodeterminação interna, via governo representativo, democracia e

direitos humanos, conforme o exemplo do caso do povo Saramaka vs Suriname.⁶⁵³ Portanto, a extensão da autodeterminação em relação à soberania permanente permite uma associação positiva entre democracia e direitos humanos no plano interno, como condição de construção da paz e da legitimidade dos Estados no plano internacional.

A propósito, não à toa a Unga, ao editar a recentíssima Resolução nº 76/225/2021, intitulada *Soberania permanente do povo palestino no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental, e da população árabe no Golã sírio ocupado sobre seus recursos naturais*, inseriu-a no contexto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirmando que esses instrumentos de direitos humanos devem ser respeitados no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental, bem como no Golã sírio ocupado.⁶⁵⁴ Essas conexões pontuais no âmbito da Assembleia Geral têm deixado transparecer um padrão de alinhamento entre a soberania permanente sobre os recursos naturais, a autodeterminação e os direitos humanos – até então apenas presumíveis –, em razão dos valores da humanidade por eles representados.

Entretanto, o entendimento da soberania permanente como expressão de direitos humanos não se deve apenas à ascendência dos Pactos no direito internacional. De uma forma geral, a análise sistemática dos direitos humanos relacionados ao desenvolvimento vincula o conceito de PSNR ao de autodeterminação, considerando ambos como parte dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, convém lembrar a Resolução Unga nº 41/128/1986 – Declaração sobre o Direito de Desenvolvimento –, a qual foi concebida como um regime normativo para lidar com uma das questões mais prementes, ainda nos dias de hoje: o subdesenvolvimento. A Resolução, que confere o direito ao desenvolvimento a ‘toda pessoa humana’ e a ‘todos os povos’, em seu art. 1º, parágrafo 2º, não apenas estabelece o desenvolvimento como um direito humano mas também integra o conceito de soberania permanente à tríade sustentabilidade, direitos humanos e autodeterminação:

1. **O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável** em virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar.

⁶⁵³ Cf. a seção 3.6.4.1 deste trabalho.

⁶⁵⁴ “Recalling, in this regard, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and affirming that these human rights instruments must be respected in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, as well as in the occupied Syrian Golan.” UN, 2021b, p. 2.

2. O direito humano ao desenvolvimento implica também a plena realização do **direito dos povos à autodeterminação**, o qual inclui, sem prejuízo das disposições pertinentes a ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o **exercício do seu direito inalienável à plena soberania sobre todas as suas riquezas e seus recursos naturais**.⁶⁵⁵ (grifo nosso).

Em 2012, na 19ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da UN, cuja agenda se ocupou da promoção e proteção de todos os direitos humanos, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento, foi elaborado o *Relatório Direitos Humanos e o Ambiente*, adotado na forma da Resolução nº 19/10/2012. O texto da Resolução reconhece que os seres humanos devem participar ativamente e serem os beneficiários do desenvolvimento sustentável, devendo o meio ambiente servir, igualmente, às presentes e futuras gerações.⁶⁵⁶ Essa é uma importante ligação dos direitos humanos com o conceito de desenvolvimento sustentável e o direito ao ambiente saudável para as presentes e futuras gerações – ou transgeracionalidade do conceito.

Outro importante documento elaborado sob os auspícios do Conselho decorreu da 31ª sessão (2016), intitulado *Relatório do special rapporteur sobre a questão das obrigações de direitos humanos relativas ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável*.⁶⁵⁷ Basicamente, a Resolução examina as obrigações de direitos humanos relacionadas às mudanças climáticas, abordando as obrigações relativas a outras áreas temáticas, incluindo a proteção dos ecossistemas e da diversidade biológica. Em seu texto, o Relatório reafirma que os Estados têm a obrigação de garantir o exercício dos direitos humanos e proteger sua população de eventuais danos ambientais, ou seja, considera que os direitos humanos apenas são exercidos em um ambiente saudável. Presume-se, logicamente, que o direito ao ambiente saudável é um direito humano a ser protegido pelo Estado.⁶⁵⁸

Entretanto, conforme mencionado no segundo capítulo, o desenvolvimento mais recente e mais marcante sobre o reconhecimento dos direitos ambientais como direitos humanos no âmbito da UN é, de fato, a Resolução nº 48/13, adotada pelo Conselho de

⁶⁵⁵ “Article 1 - 1. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized. 2. The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources.” UN, 1987, p. 2.

⁶⁵⁶ “Recognizing that human beings are at the centre of concerns for sustainable development, that the right to development must be fulfilled in order to meet the development and environment needs of present and future generations equitably, and that the human person is the central subject of development and should be the active participant and beneficiary of the right to development.” *Id.*, 2012a, p. 2.

⁶⁵⁷ *Id.*, 2016.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 9.

Direitos Humanos no final de 2021.⁶⁵⁹ Na Resolução, denominada *O direito humano a um ambiente limpo, saudável e sustentável*, pela primeira vez foi declarado expressamente pela UN que o direito a um ambiente sustentável é um direito humano fundamental. O Conselho declarou, na inteligência do artigo 1º, que “reconhece o direito a um ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano que é importante para o gozo dos direitos humanos”.⁶⁶⁰ A declaração é de grande relevância para o posicionamento dos direitos ambientais na hierarquia de normas da ordem jurídica internacional, embora se trate meramente de uma Resolução do Conselho de Direito Humanos. A questão é que, finalmente, há um avanço no processo de solidificação dos direitos ambientais pela via dos direitos humanos, servindo como armadura ideológica para a defesa dos bens tutelados – ambiente, desenvolvimento e a própria vida.

Interessante ainda destacar que a Resolução Unga nº 48/13/2021 considera que o desenvolvimento sustentável funciona em três dimensões – social, econômica e ambiental – e que a proteção do ambiente não se limita à preservação dos recursos naturais e das riquezas minerais e hídricas, pois também contribui para a promoção dos direitos humanos em suas mais variadas feições, como o direito à vida, ao gozo da saúde física e mental, a um padrão de vida adequado, à alimentação adequada, à moradia, à água potável, ao saneamento e à participação na vida cultural, para as gerações presentes e futuras.⁶⁶¹ Com efeito, a extensa gama de valores fundamentais da humanidade e de elementos vitais para sua perpetuação eleva os direitos humanos ao patamar de principal fundamento moral da ordem jurídica internacional, constituindo-se, portanto, em objetivo primordial. Isso se deve não apenas ao dever natural de justiça mas também ao fato de que os direitos humanos são os que melhor articulam as demandas de justiça que surgem no contexto da existência da soberania – compreendida como forma universalizada da organização política, decorrente de uma estrutura básica global, com profundos efeitos na vida dos indivíduos.

Por outro lado, os direitos humanos desempenham um papel fundamental na determinação e circunscrição das prerrogativas dos Estados sobre os recursos naturais. Nesse sentido, não apenas fornecem critérios de legitimidade política ao poder governamental – e,

⁶⁵⁹ UN, 2021a.

⁶⁶⁰ “1. Recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights.” *Ibid.*, p. 3.

⁶⁶¹ “Recognizing that sustainable development, in its three dimensions (social, economic and environmental), and the protection of the environment, including ecosystems, contribute to and promote human well-being and the enjoyment of human rights, including the rights to life, to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, to an adequate standard of living, to adequate food, to housing, to safe drinking water and sanitation and to participation in cultural life, for present and future generations.” *Ibid.*, p. 1.

portanto, condições de exercício legítimo da soberania permanente – mas também auxiliam a definir deveres distributivos substantivos em relação aos recursos naturais, obrigando os Estados a usarem os recursos naturais para o benefício social e econômico de seus povos. Não acidentalmente, essa é a pedra de toque da Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII): “O direito dos povos e nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais devem ser exercidos no interesse de seu desenvolvimento nacional e do bem-estar do respectivo Estado”.⁶⁶²

Por fim, é notável a afirmação da soberania sobre os recursos naturais em instrumentos de direitos humanos juridicamente vinculantes e como o direito dos povos – separados do ente estatal – de disporem livremente de seus recursos naturais. Isso implica claramente o surgimento e a proeminência de uma abordagem baseada em direitos humanos para o escopo do exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais. Essa conexão, defende-se, pode ser estabelecida diretamente como autodeterminação dos povos – prestigiado elemento dos direitos humanos –, ou como um dos direitos ambientais, cada vez mais sedimentados no rol de direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional. A soberania permanente sobre os recursos naturais decorre do direito humano ao ambiente limpo, saudável e sustentável, e essa asserção não está apenas justificada pelo utilitarismo, pelo contrato social ou por qualquer outra teoria política: deriva de princípios aceitos pela comunidade internacional e se constitui em expressão da moral, da justiça e da paz, portanto é inalienável e imprescritível.

4.4 A NATUREZA NORMATIVA DA PSNR E OS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO COMO NORMA PEREMPTÓRIA DE DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

O que se pretendeu até o momento foi estabelecer um resgate histórico-conceitual da soberania permanente sobre os recursos naturais, um conceito, conforme já expressado, até certo ponto negligenciado pelo direito internacional e aparentemente apenas existente na mente dos românticos que o defendem como princípio ou costume de relevância na ordem jurídica internacional.

⁶⁶² “1. *The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.*” UN, 1962.

Algumas razões contribuem para que o conceito não tenha saído definitivamente do ostracismo, nem efetiva e ativamente participado da prática do direito internacional. Uma das razões para a obsolescência da soberania permanente é, sem dúvidas, a insegurança tradicionalmente arraigada nos momentos de tomada de decisão por parte dos Estados no âmbito da comunidade internacional, decorrente do apego semântico intransigente ao conceito de direito soberano. Nota-se uma resistência secular no processo de encaminhamento de assuntos nos Organismos Internacionais quando o tema é a concessão ou a proteção dos direitos dos indivíduos, a expansão dos direitos ambientais e a aplicação do conceito de justiça, em especial no âmbito da Unga, o que contamina outros órgãos que poderiam contribuir com o desenvolvimento do direito internacional, como a ICJ e a ILC. Esse efeito negativo é reflexo da preocupação dos Estados em impor sua soberania – entendida como absoluta e inalienável – como pretexto para não evoluírem como sociedade e ao custo do desenvolvimento da humanidade e de seus valores mais fundamentais.

A outra razão – sobre qual se propõe lançar um fecho de luz a partir do presente estudo – é a indeterminação da natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais, o que naturalmente a relega a uma categoria de assuntos de segunda classe na ordem jurídica internacional. Ora, se nem ao menos há uma definição sobre qual a categoria jurídica à que pertence uma norma, como avançar em assuntos que requerem a prática para melhor instruir sua aplicação no âmbito do direito internacional? Definitivamente, o crepúsculo que acompanha a soberania permanente sobre os recursos naturais prejudicou sobremaneira o potencial desenvolvimento do conceito, o qual já se revestira de contornos de autodeterminação, de direitos ambientais e de direitos humanos.

As questões parecem ter uma única resposta: compreender a soberania permanente sobre os recursos naturais a partir da sua teorização como norma peremptória de direito internacional – inderrogável ou derogável apenas por norma de igual natureza e conteúdo.

Quanto à primeira questão levantada, sobre o que obsta o reconhecimento e desenvolvimento do conceito de soberania permanente na ordem legal internacional – prevalência da política internacional com base em intransigente soberania westfaliana –, observa-se que se trata apenas da forma de ver o mundo. Assim, uma desejável mudança paradigmática, de um Estado voluntarista e unilateralista para um Estado comprometido com a comunidade internacional e focado na consciência da humanidade, poderia favorecer (ou aflorar) normas internacionais de grande relevância e impacto para a evolução das dicotomias que marcam a sociedade internacional atual.

É justamente nesse sentido que a teoria da humanização do direito internacional poderia sustentar um novo padrão político e de decisão para os temas de interesse da comunidade internacional. Um resgate da humanização no direito internacional propõe a superação do padrão de autonomia estatal sobre o qual atualmente se apoia a comunidade internacional, a partir da proteção dos direitos individuais e dos valores fundamentais da sociedade – função, eminentemente, das normas peremptórias de direito internacional. Assim, a restituição do indivíduo ao patamar de sujeito de direitos elementar do direito internacional e sua identificação como objetivo de proteção, segurança e bem-estar da comunidade internacional de Estados requerem a substituição da matriz soberana estatal pela matriz de direitos humanos mundial, resguardada e protegida por normas imperativas de direito internacional.

Essa abordagem auxilia a solucionar o segundo aspecto da soberania permanente sobre os recursos naturais – sua natureza jurídica irresoluta –, uma das razões, conforme consignado, que obsta sua evolução como conceito consagrado de direito internacional. A construção conceitual da soberania permanente, antes de ser alicerçada apenas e tão somente no direito positivo, foi idealizada para uma finalidade específica, de cunho altamente moral, no mundo que sucedeu à II Guerra Mundial. E essa razão deve ser considerada marca de nascença indelével e insuflada pelo determinismo jurídico que a concebeu, pavimentando o caminho para a compreensão da natureza jurídica da norma e de seu *status* na ordem jurídica internacional.

Um breve estudo sobre as fontes de direito internacional demonstra que os processos de colonização e descolonização foram importantes desenvolvimentos de novas formas de interação entre os Estados, consolidando as relações e o direito internacional a partir de movimentos de integração de territórios ou da luta por sua independência.

Em um primeiro momento, o direito internacional serviu de manejo para os países colonizadores, como base ‘legal’ para justificarem o colonialismo praticado ao longo do século XIX e a mudança de paradigma de uma ordem pluralista para uma ordem excludente, representando um retrocesso às relações jurídicas globais do período. Em um segundo momento, porém, consumado o fim da era colonialista, contribuiu como fator de desenvolvimento das relações interestatais, em especial para as nações recém-descolonizadas. Assim, mesmo sendo formalmente independentes e soberanas, as nações descolonizadas necessitavam de garantias políticas e jurídicas (principalmente) para se recolocarem na comunidade internacional e reafirmarem seus propósitos de desenvolvimento e o bem-estar de seus cidadãos. Então, mesmo partindo da premissa moral de não apenas reconhecer direitos

igualitários entre os países desenvolvidos e os não desenvolvidos mas também prover, efetivamente, uma oportunidade de crescimento a estes últimos, nasceu o conceito jurídico de soberania permanente sobre os recursos naturais, conforme amplamente abordado neste trabalho, a partir das Resoluções da Unga.

A constante e concisa aparição da soberania permanente em Resoluções da Unga possui grande significado não apenas para a construção do conceito mas também para sua identificação e seu reconhecimento como norma de hierarquia superior no direito internacional. O fato de as Resoluções da Unga não serem revestidas de caráter vinculante não deve ser considerado uma limitação significativa, eis que, efetivamente, fornecem a base fundamental para a formação do direito internacional consuetudinário. Assim, a gênese e a evolução da soberania permanente sobre os recursos naturais em sucessivas Resoluções no decorrer das últimas sete décadas contribuíram para que o conceito obtivesse maior aceitação entre os Estados e, o mais importante, exprimem a prática reiterada e a *opinio juris* sobre a significação do conceito para a UN. Basta lembrar de que, no âmbito da UM, as Resoluções sobre soberania permanente foram adotadas tanto por países desenvolvidos quanto por países em desenvolvimento, em diversas etapas da história política e econômica das últimas décadas – como a descolonização, a criação dos Pactos sobre Direitos Humanos, a ocupação da Palestina por Israel, a crise do petróleo dos anos 1980, as Declarações sobre o Meio Ambiente, entre outras.

Portanto, mesmo que, de um modo geral, determinada resolução da Unga não seja vinculante, o impacto cumulativo de muitas resoluções, quando semelhantes em conteúdo, votadas por grande maioria e frequentemente repetidas por um período de tempo, implementam as condições de prática reiterada e de *opinio juris*, não apenas identificando a norma como costume mas também servindo de acesso mais facilitado à sua compreensão como *jus cogens* – a teor do Relatório da ILC sobre o tema, de 2019. A propósito, diferentemente do que conclui a Comissão, não é possível sustentar que uma norma de *jus cogens* possa ser separada do costume apenas a partir do momento em que os próprios Estados decidem o que é um ou outro, conforme analisado no segundo capítulo.⁶⁶³ Além de um grande impasse para o desenvolvimento do *jus cogens*, pode-se dizer que a asserção da ILC é conceitualmente deficiente, uma vez que o *jus cogens* advém do direito natural, representando os mais altos interesses da comunidade internacional – conforme defendeu

⁶⁶³ ILC, 2019.

Verdross –, ou seja, paira acima de decisões políticas tomadas com base em interesses nacionais.

Entretanto, percebe-se que a doutrina se refere mais comumente à soberania permanente como um princípio de direito internacional, o que, para fins de determinação da sua natureza jurídica como *jus cogens*, não se trata de um impeditivo. Essa forma de classificação da norma parece ser a que menos causa divergência conceitual, sendo a principal razão de sua reiterada utilização – afinal, os princípios são gerais porquanto potencialmente aplicáveis a todos os membros da comunidade internacional por uma série de atividades que eles executam ou autorizam.⁶⁶⁴ Além disso, é possível distinguir um princípio por meio da sua inquestionável aceitação no mundo jurídico, pelo fato de ser frequentemente endossado em múltiplos acordos, na prática e, no caso específico da soberania permanente, por sua constante adoção pelas Resoluções da Unga.

Inobstante as opiniões divergentes, a soberania permanente sobre os recursos naturais já encontrou sua posição de destaque na ordem jurídica internacional, tanto pela prática reiterada quanto pela *opinio juris*. Rajan observou que Kurt Waldheim, secretário-geral da UN, afirmava que a soberania nacional sobre os recursos naturais havia sido proclamada tão frequente e solenemente pelos órgãos das Nações Unidas que até já se lhe poderia atribuir o mesmo peso de um princípio elementar da Carta.⁶⁶⁵ Entretanto, esses elementos não são apenas verificáveis, nem estão adstritos apenas às resoluções que criaram e perpetuaram a soberania permanente. A figuração do conceito na prática de tribunais ou arbitragens internacionais, como os *cases East Timor, Armed Activities on the Territory of the Congo, El Paso Energy, Pac Rim Cayman, Saramaka People, China Raw Materials e Rare Earths*, embora representem uma tímida abordagem da soberania permanente, de uma forma geral, contribuem para a inserção definitiva do tema na ordem jurídica internacional, bem como com sua vívida construção pela prática reiterada e a *opinio juris*.

4.4.1 Identificação do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais como norma peremptória de direito internacional

No decorrer do estudo, foi diagnosticada a ausência de um tratamento mais adequado e assertivo à soberania permanente sobre os recursos naturais, especialmente pro parte da ICJ.

⁶⁶⁴ SANDS, 2011, p. 231.

⁶⁶⁵ “On another occasion, the Secretary-General affirmed that the principle of national sovereignty over natural resources has been proclaimed [by the Un organs] so frequently and solemnly that it has by now acquired the weight of Charter principle.” RAJAN, 1978, p. 135.

Isso se deve, conforme argumentado anteriormente, a uma histórica indefinição sobre a natureza jurídica do conceito, que quase o levou a ostracismo nos tribunais internacionais. Essa hesitação, já há muito, merece um novo olhar, que aborde o conceito a partir de elementos históricos, formais e, principalmente, dos valores que encerra. Inicialmente, considerando-se as fontes de direito internacional enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, infere-se que a soberania permanente é mais propriamente representada como um costume, a partir de uma reconhecida prática reiterada e *opinio juris* decorrentes de resoluções editadas pela UN e *cases* que abordaram, direta ou transversalmente, o conceito. No entanto, a limitação da análise da natureza jurídica da norma apenas quanto a esses dois aspectos mostra-se um equívoco hermenêutico, aliás, perceptível desde a gênese da soberania permanente, em meados do século XX. Assim, o elemento ausente para a plena conclusão do quebra-cabeças da natureza jurídica da soberania permanente é, justamente, o intangível, os valores que compõem e são representados pelo conceito – características que potencialmente turbinam as normas no *ranking* hierárquico do direito internacional.

A partir da definição embrionária da soberania permanente na UN e das diversas novas feições a ela incorporadas durante sua evolução na ordem jurídica internacional, uma conceituação atualizada não pode deixar de incluir os elementos principais que traduzem seu significado. Assim, soberania permanente sobre os recursos naturais é o direito de autodeterminação de um povo ao pleno e livre exercício de seus direitos ambientais, a partir do desenvolvimento sustentável e em prol da presente e das futuras gerações, sendo esse um direito humano fundamental e inalienável.

Nessa conceituação, como se percebe, é possível identificar nítidos elementos de *jus cogens*, aguçando a percepção da soberania permanente e compreendendo-a além de uma ultrapassada política de reposicionamento dos países subdesenvolvidos no mundo pós-Guerra. Cabe então identificar cada um desses elementos e delimitar sua contribuição na composição do conceito de soberania permanente e em sua classificação como norma peremptória de direito internacional.

O reconhecimento de normas imperativas na ordem jurídica internacional encontra divergências de opinião na doutrina, refletindo na concepção do *jus cogens* como *lex lata* ou *lex ferenda*. A identificação de normas peremptórias de direito internacional, segundo a escola naturalista, deve-se ao fato de que são intrínsecas e evoluem juntamente com princípios formadores da sociedade, ao passo que a escola positivista defende que normas com *status* de *jus cogens* só podem assim ser reconhecidas apenas a partir da vigência dos arts. 53 e 64 da

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Em outras palavras, ou a Convenção de Viena positivou algo que sempre existiu e vigora independentemente de regra escrita, ou então criou uma norma fundamental de direito internacional.

Por mais que se respeitem as opiniões positivistas, não se pode compreender o *jus cogens* como algo criado em um tratado internacional, por mais que se reconheça a importância da Convenção de Viena para o direito internacional e o *jus cogens* em si. Conforme já argumentado, sistemas jurídicos são derivados de normas de justiça que traduzem um aspecto moral, e a lei positiva, na essência, deve conter certos princípios formais, independentemente do seu conteúdo. Fuller, como visto, observou as leis como uma forma de alcançar a ordem social, um meio de regular o comportamento humano dependente da *inner morality of Law*. Sob esse viés, normas com caráter de *jus cogens* vinculam todos os Estados e os sujeitos de direito, em virtude de seu valor moral intrínseco, tornando-se um direito necessário e fundamental para a coesão da comunidade internacional. Com efeito, diferentemente de outras normas positivas de direito internacional, o *jus cogens* detém características de não derogabilidade inerentes ao próprio conceito – e não porque passaram a ser obrigatórias aos Estados em virtude de processo legislativo ordinário ou diferentes formas de consentimento.

A compreensão teórica do *jus cogens* a partir do jusnaturalismo apregoa que sua positivação na Convenção de Viena de 1969 não significa, propriamente, o seu nascimento, mas tão somente um desabrochar. Assim, para identificar o caráter de *jus cogens* de uma norma, não há a necessidade de seja positivada, como consequência de um processo de aprovação formal. Afinal, o *jus cogens*, como norma de ordem geral, defende a integridade moral e política do sistema internacional, ambos elementos pétreos da ordem jurídica internacional e existentes na própria formação da sociedade internacional, na medida em que protegem os objetivos compartilhados e a liberdade para conquistá-los.

4.4.2 Autodeterminação: a reconhecida norma de *jus cogens* como elemento central da soberania permanente sobre os recursos naturais

Ao se analisar a natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais a partir dos elementos que compõem o conceito, em um primeiro olhar, o critério mais reluzente para a identificação do conceito como norma de *jus cogens* é o direito inerente de autodeterminação. Não é possível imaginar o exercício da soberania permanente por um povo diante da ausência de autodeterminação para utilizar suas riquezas e seus recursos naturais

livremente e em proveito da presente e das futuras gerações. A bem da verdade, ambos os direitos subsistem em simbiose proficiente, na qual o exercício de um potencializa o outro, sustentando-se e provendo-se mutuamente.

Ao se compreender a soberania permanente como expressão da autodeterminação dos povos em relação ao livre uso de seus recursos naturais, portanto, pavimenta-se o caminho da identificação da natureza jurídica do conceito como norma peremptória de direito internacional, pois, conforme visto nas linhas anteriores, a autodeterminação – elemento central da soberania permanente sobre os recursos naturais – é um princípio amplamente aceito como *jus cogens*.

À luz da teoria da humanização do direito internacional, observa-se que o reconhecimento do princípio da autodeterminação dos povos pela Carta das Nações Unidas constitui uma nova dimensão, redirecionando o enfoque anteriormente dado ao Estado – entidade jurídica monopolizada no exercício do direito internacional – para seu componente elementar, a humanidade. Com efeito, corroborando a análise feita até aqui sobre o caráter peculiar do direito à autodeterminação dos povos como norma inderrogável no direito internacional, verifica-se que mesmo a Carta das Nações Unidas estabeleceu que os propósitos da Organização são, *inter alia*, “[...] desenvolver relações amistosas entre as nações baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos”.⁶⁶⁶ A Carta ainda fornece importantes elementos para identificar a natureza jurídica da autodeterminação. Ao tratar de direitos dos povos ocupantes de territórios não autônomos, por exemplo, o Capítulo XI da Carta assegura uma série de direitos decorrentes da autodeterminação, como o respeito à cultura, o progresso político, econômico, social e educacional, o tratamento equitativo e a proteção contra qualquer abuso perpetrado aos povos interessados. Assim, concebe direitos dotados de um estatuto jurídico internacional, gerando obrigações *erga omnes* no que diz respeito ao direito de autodeterminação dos povos, à salvaguarda dos seus direitos humanos e à não exploração dos seus recursos naturais sem a devida anuência.

Por outro lado, verifica-se que as Resoluções da Unga sobre PSNR, fundamentalmente, decorrem de provisões que orbitam em derredor do direito à autodeterminação, sempre buscando garantir seu pleno exercício conjuntamente. Nesse sentido, o século XX testemunhou um avanço meteórico no desenvolvimento da soberania sobre os recursos naturais – de um conceito de retomada econômica dos países

⁶⁶⁶ “2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.” UN, 1945.

subdesenvolvidos e descolonizados até adquirir contornos de requisito essencial para o pleno exercício da autodeterminação dos povos. Conforme já referido, tamanha essencialidade do conceito para execução do projeto de um novo mundo após a II Guerra Mundial levou a Comissão de Direitos Humanos da Unga, por meio da Resolução nº 1.314/1958 (XIII), a compor comissão específica para abordar os principais aspectos da soberania permanente sobre os recursos naturais, diante da constatação de que esse direito se tratava de um constituinte básico do direito à autodeterminação, conforme mencionado anteriormente. Essa abordagem é uma clara evolução das discussões do primeiro período de efervescência do conceito de autodeterminação, a partir da descolonização da África e da Ásia.

É importante ressaltar a iniciativa da UN, à época, em garantir o direito à autodeterminação dos países recém-descolonizados ou subdesenvolvidos, instituindo instrumentos jurídicos internacionais para lhes possibilitar independência econômica e oportunidade de crescimento, objetivos especialmente definidos na Resolução unga nº 1.514/1960 (XV) – Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais. A ideia central do direito à autodeterminação defendido pela Declaração se fundamenta na liberdade à antiga subjugação por parte dos países colonizadores, conforme se depreende do seu art. 1º, o qual preconiza que a exploração e domínio estrangeiros constituem negação dos direitos humanos fundamentais, assegurando o direito dos povos à sua autodeterminação política e ao desenvolvimento econômico, social e cultural – inteligência de seu art. 2º. A Declaração, prevendo o direito à autodeterminação dos povos em termos absolutos, foi oportunamente referida pela ICJ como fonte de obrigações *erga omnes* no *case Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*.⁶⁶⁷

São vários os elementos que autorizam a conclusão de que a natureza jurídica do direito à autodeterminação é de norma peremptória de direito internacional. Ao se considerar o aspecto político que permeia o princípio, pode-se dizer que a autodeterminação decorrente da forma democrática de governo é instantaneamente elevada ao *status* de *jus cogens* – implicação justificada a partir de uma visão naturalista desse direito, calcada puramente em fundamentos morais –, base da teoria da humanização do direito internacional. Basta perceber que o processo de reinvenção dos fundamentos normativos da autodeterminação ocorreu no contexto mais amplo das negociações dos Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas. A partir da ascendência dos Pactos na ordem jurídica internacional, o direito à autodeterminação foi revigorado pela soberania permanente sobre os recursos naturais, ambos

⁶⁶⁷ ICJ, 1971, p. 31, § 52.

enxertados nas normas emergentes de direitos humanos (art. 1º comum aos Pactos) e afirmados como necessários para a plena satisfação dos direitos humanos. Assim, conforme se percebe, o artigo comum ao ICCPR e ao ICESCR é construído pela autodeterminação – conceito que forma a base para o exercício dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais –, bem como pela soberania permanente. Nota-se que, no decorrer dos anos, a autodeterminação recebeu reforço fundamental em sua composição normativa, revelado, principalmente, pelos Pactos sobre Direitos Humanos, estabelecendo o vínculo mutuamente constitutivo entre autodeterminação, soberania permanente sobre os recursos naturais e direitos humanos.

A interconexão fundamental com os direitos humanos demonstra que os recentes desenvolvimentos no direito internacional contemporâneo revelaram duas dimensões da autodeterminação, sendo uma externa e a outra interna. A dimensão externa traduz-se no direito de todo povo de estar livre de qualquer forma de dominação intentada por terceiros Estados ou mesmo por grupos estranhos a um determinado povo. Por sua vez, a dimensão interna reflete o direito de cada povo em escolher seu destino, afirmar sua própria vontade democrática e constituir propósitos com base em sua identidade, cultura e em seus planos de futuro, usufruindo de maneira pleno de seus recursos naturais para atingir esses fins. Conforme se percebe, essa distinção desafia o paradigma estatal do direito internacional clássico, emergindo daí a nova função do Estado, como facilitador da autodeterminação econômica e ambiental, a fim de promover o bem comum dos indivíduos e grupos sob sua jurisdição, com enfoque nos direitos humanos.

Pode ser dito, igualmente, que a autodeterminação também é expressão de direitos coletivos, os quais derivam dos poderes necessários à tomada de decisões autônomas sobre o ambiente natural, com base em qualquer valor que se lhes atribua – simbólico, ambiental ou econômico. Essa situação fica ainda mais evidente ao se tratar de direitos dos povos indígenas à soberania permanente, cujo ambiente natural não serve apenas à subsistência, pois também se reveste dos aspectos etéreos, ancestrais e espirituais que representam a cultura daqueles povos. Todos esses elementos reforçam o caráter ambivalente da autodeterminação e da soberania permanente sobre os recursos naturais, alçando ambos os princípios a um patamar elevado na ordem jurídica internacional, como direito cogente, intransigente e inalienável.

Similarmente, a ICJ teve a oportunidade de expressar sua opinião jurídica sobre a autodeterminação em importantes ocasiões – embora de forma tímida, conforme argumentado no segundo capítulo. Entretanto, a análise mais ampla dos *cases* da Corte e alguns votos singulares de seus juízes esclarecem o entendimento vigente sobre a natureza jurídica da

autodeterminação e da soberania permanente, em especial sobre a distinção do caráter *erga omnes*, por vezes expressado como relevante *opinio juris*. Relembrando o *case Barcelona Traction* (1970),⁶⁶⁸ por exemplo, a Corte identificou a existência de obrigações em direito internacional devidas pelos Estados à comunidade internacional como um todo, o que, conseqüentemente, pode ser considerado um conceito do qual decorrem obrigações *erga omnes*. Já no julgamento do *case East Timor*, a Corte afirmou que “[...] o direito dos povos à autodeterminação, tal como evoluiu da Carta e da prática das Nações Unidas, tem caráter *erga omnes*, é irrepreensível”,⁶⁶⁹ além de descrever o princípio da autodeterminação como um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo. Antes, a ICJ já havia enfatizado a importância do direito à autodeterminação nos seus pareceres consultivos sobre a Namíbia e o Saara Ocidental. O caráter *erga omnes* da obrigação de respeitar o direito à autodeterminação também foi reconhecida no Parecer Consultivo *Palestinian Wall*.⁶⁷⁰

Menção especial, no entanto, pode ser feita a uma importante e recente evolução no pensamento da Corte, a partir do *case Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, de 2019.⁶⁷¹ A opinião apartada da juíza Julia Sebutinde pode ser considerada um manifesto de oposição ao já tradicional comportamento apático da Corte, tendo-se em vista que ela se posicionou firmemente contra a opinião da maioria dos juízes, os quais, novamente, se omitiram em reconhecer a natureza jurídica da autodeterminação. Criticando veementemente seus pares pela omissão de determinados fatos em suas narrativas, argumentou a juíza que a ICJ “[...] perdeu a oportunidade de reconhecer que o direito à autodeterminação, no contexto da descolonização, atingiu o estatuto peremptório (*jus cogens*, pelo qual não permite qualquer derrogação)”⁶⁷² e que a falha da Corte em não reconhecer o *status* peremptório da autodeterminação levou à falha em não considerar inteira e propriamente as conseqüências de sua violação.⁶⁷³

Já no âmbito da ILC, a história é um pouco diferente. A Comissão não se omitiu sobre a identificação e o reconhecimento da natureza jurídica do direito à autodeterminação. No *Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law* (*jus cogens*),⁶⁷⁴ de 2019, a ILC incluiu expressamente o direito à autodeterminação na lista não exaustiva⁶⁷⁵ de normas com *status* de *jus cogens*. O Relatório, que estabelece um verdadeiro manual para a

⁶⁶⁸ ICJ, 1970.

⁶⁶⁹ *Id.*, 1995, p. 102.

⁶⁷⁰ *Id.*, 2004, p. 136; p. 171-172; p. 196, §§ 88, 149 e 155.

⁶⁷¹ *Id.*, 2019.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 170.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 26.

identificação e o reconhecimento de normas peremptórias de direito internacional, frisa, nos comentários do *special rapporteur*, que “A discussão procurou apenas mostrar que é justificável a opção da Comissão em incluir o direito à autodeterminação, seja como for definido, como uma das normas de *jus cogens* amplamente aceitas”.⁶⁷⁶

Portanto, mesmo que não haja propriamente um consenso em torno da identificação e do reconhecimento da natureza jurídica da autodeterminação como norma peremptória de direito internacional, é possível inferir essa condição a partir das mais variadas fontes de direito internacional, em especial pela prática reiterada e a *opinio juris*. A partir dessa asserção – e considerando o elo inviolável entre a autodeterminação e a soberania permanente sobre os recursos naturais, é possível chegar à mesma conclusão do juiz Weeramantry no *case East Timor*, qual seja, de que a ofensa a um, enquanto *jus cogens*, é ofensa ao outro, também *jus cogens*.⁶⁷⁷ A propósito, essa também é a opinião de Ian Brownlie, o qual conferiu à soberania permanente, em conjunção com o princípio da autodeterminação, o *status* de *jus cogens*.⁶⁷⁸

Como é possível perceber, a soberania permanente – nascida, criada e desenvolvida como exercício da autodeterminação dos povos em relação às suas riquezas naturais – não se dissocia do caráter peremptório identificado e reconhecido no direito à autodeterminação, pois compartilha as mesmas bases teórica e jurídica na ordem do direito internacional. E o mais importante: ambas representam garantias de respeito e proteção a um direito fundamental para a humanidade, servindo como base, portanto, ao novo *jus gentium*, voltado ao ser humano como sujeito elementar do direito internacional.

4.4.3 Soberania permanente sobre os recursos naturais: a expressão de direitos ambientais e direitos humanos como normas peremptórias de direito internacional

O segundo grande critério para a compreensão da dimensão jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais é compreender o conceito também como expressão de direitos ambientais: direitos dos povos ao ambiente limpo, saudável e sustentável, os quais são equiparados a direitos humanos fundamentais.

⁶⁷⁶ “The discussion has only sought to show that the Commission’s choice in including the right to self-determination, however it may be defined, as one of the widely accepted norms of *jus cogens* is justifiable”. ICJ, 2019, p. 52, § 115.

⁶⁷⁷ *Id.*, 1995.

⁶⁷⁸ BROWNLIE, 2003, p. 411.

A compreensão da soberania permanente sobre os recursos naturais como um direito inerente aos direitos ambientais exigiu, inicialmente, o entendimento de que o exercício da soberania sobre as riquezas naturais não sugere seu uso indiscriminado e irresponsável – concepção derivada do emprego equivocado do termo ‘soberania’. Antes de tudo, a análise da construção do conceito de soberania permanente revela que seu sentido é justamente o inverso: a obrigação dos povos que usufruem de seus recursos em exercer essa soberania em proveito intra e intergeracional, com base no desenvolvimento sustentável, evitando, portanto, o exaurimento das riquezas do país e potenciais danos transfronteiriços. Essa é a leitura, por exemplo, da Resolução precursora da soberania permanente – Resolução Unga nº 523/1952 (VI), a qual previa a possibilidade de facilitar, por acordos comerciais, o “[...] desenvolvimento de recursos naturais que possam ser utilizados para as necessidades domésticas dos países subdesenvolvidos e também para as necessidades do comércio internacional”.⁶⁷⁹

Essa premissa foi repetida nas Resoluções sobre soberania permanente subsequentes, seja de forma direta, indireta ou mesmo transversal, até a Resolução Unga nº 1.803/1962 (XVII), que instituiu a obrigação de que o direito à soberania permanente sobre as riquezas naturais seja exercido com interesse no “desenvolvimento nacional e no bem-estar do povo”.

Da mesma forma, como expressão de desenvolvimento sustentável, a soberania permanente pode ser identificada na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, incorporada à Resolução Unga nº 70/1/2015. A Agenda, conforme visto, estabelece o teor dos objetivos traçados pelas Nações Unidas a partir da adoção de um plano de ação destinado às pessoas, ao planeta e à prosperidade, reafirmando que os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável possuem bases no exercício, pelo Estado, da soberania plena e permanente sobre todas as suas riquezas, seus recursos naturais e suas atividades econômicas.⁶⁸⁰

Por fim, percebe-se que as previsões fundamentais dos Pactos sobre Direitos Humanos convergem para o sentido de que a utilização dos recursos e riquezas naturais deve se pautar pelo benefício transgeracional, reiterando a obrigação internacional a ela adjacente, de forma a compelir que tais recursos sejam utilizados para a própria subsistência do povo que os detêm, conforme prevê o art. 1º, ‘2’ (comum a ambos os Pactos): “[...] Em nenhum caso poderá o povo ser privado de seus próprios meios de subsistência”.⁶⁸¹ Portanto, a soberania permanente é associada a um direito ambiental fundamental: autodeterminação no livre uso

⁶⁷⁹ “*The development of natural resources which can be utilized for the domestic needs of the underdeveloped countries and also for the needs of international trade.*” UN, 1952a, p. 20.

⁶⁸⁰ Cf. a seção 4.3 deste trabalho.

⁶⁸¹ “*In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.*” *Id.*, 1966a.

dos recursos naturais e obrigação interna e externa de desenvolvimento sustentável para o bem-estar e subsistência dos povos.

Também foi arguido, no decorrer do presente estudo, que os direitos ambientais possuem o caráter de norma peremptória de direito internacional, por duas razões claras: sua abordagem a partir dos direitos humanos e sua identificação como valor fundamental da humanidade, protegido na ordem jurídica internacional pelo *jus cogens*.

Embora, naturalmente, infira-se que os direitos ambientais são direitos humanos – pois negar o exercício daqueles é colocar em xeque a própria existência humana –, ainda subsistem discussões na doutrina sobre a classificação dos direitos ambientais como parte dos direitos humanos. Com efeito, não existia – ao menos até recentemente – uma opinião sólida, a partir de algum organismo de abrangência mundial, que sugerisse essa intrínseca conexão. Entretanto, em outubro de 2021, com o advento da Resolução 48/13, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da UN⁶⁸² e denominada *O direito humano a um ambiente limpo, saudável e sustentável*, pela primeira vez, de forma expressa em um documento formal das Nações Unidas, foi declarado que o direito a um ambiente sustentável é, de fato, um direito humano fundamental. A emergência da Resolução nº 48/13/2021 estabelece um marco na forma de compreender os direitos ambientais como base da própria existência humana, a partir da proteção do meio ambiente e de ecossistemas, contribuindo para a promoção do bem-estar da humanidade e do direito à vida às presentes e futuras gerações. Embora, particularmente, tenha atestado o óbvio – que a vida humana está relacionada com o pleno exercício dos direitos ambientais, em especial à sustentabilidade –, trata-se de um posicionamento marcante das Nações Unidas em direção, eventualmente, a um novo olhar sobre a ascendência dos direitos ambientais como normas que expressam os valores fundamentais da humanidade e, nessa capacidade, de evidente caráter *jus cogens*.

Um adendo necessário deve ser feito em relação à identificação dos próprios direitos humanos como normas peremptórias de direito internacional. De uma forma geral, essa análise é mais evidente e melhor compreendida nos estudos da ILC. Nos comentários aos *Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados*, da 53ª Sessão (2001), por exemplo, ao abordar o art. 40 – “responsabilidade internacional por violação grave, por parte de um Estado, de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral” –, a ILC reafirma a existência de regras peremptórias e que visam “[...] proibir o que veio a ser visto como intolerável por causa da ameaça que representa à sobrevivência dos Estados e

⁶⁸² UN., 2021a.

seus povos e aos valores humanos mais básicos”.⁶⁸³ Percebe-se aqui a intrínseca relação dos direitos humanos, decorrentes de valores próprios à humanidade, com o *jus cogens*, normas que protegem esses valores fundamentais.

No entanto, seja no âmbito na ILC, seja na jurisprudência dos tribunais internacionais, percebe-se que o reconhecimento do *jus cogens* é mais facilmente verificado nos direitos humanitários do que, propriamente, nos direitos humanos. Por exemplo, tome-se como base a lista não exaustiva formulada pela ILC no Relatório de 2019 sobre normas peremptórias de direito internacional: dos oito exemplos listados como *jus cogens* (proibição de genocídio, proibição de crimes contra a humanidade, regras básicas de direito humanitário internacional, proibição de discriminação racial e *apartheid*, proibição à escravidão, proibição da tortura, direito à autodeterminação), ao menos sete expressam, diretamente, direitos humanitários.

Entretanto, embora tratem evidentemente de temas específicos, não são áreas do direito estanques entre si. Conforme foi arguido no segundo capítulo deste trabalho, o direito humanitário decorre dos direitos humanos, e a principal diferença entre ambos é a quantidade – ou qualidade – de pessoas protegidas. Enquanto os direitos humanos protegem todo e qualquer indivíduo, o direito humanitário protege indivíduos qualificados como ‘pessoas protegidas’, geralmente compatriotas ou pertencentes a um determinado grupo étnico em situação de conflito armado. Ou seja, embora suscitem discussões doutrinárias acerca da hipótese de que os direitos humanos podem vir a ser considerados *jus cogens* – principalmente pela ausência de uma norma positivada estabelecendo essa condição –, percebe-se que os direitos humanitários são mais facilmente assim compreendidos, permitindo a extensão dessa compreensão aos direitos humanos.

A partir dessas conclusões, a identificação da natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais se torna mais clara e pode ser reconhecida a partir de duas novas vertentes: a primeira, conforme evidenciado, depreende-se de sua interpretação como direito ambiental dos povos e decorre do direito de autodeterminação, enquanto a segunda decorre do exercício de um direito humano fundamental.

Neste ponto, é interessante notar a triangulação dos conceitos jurídicos de soberania permanente sobre os recursos naturais, autodeterminação e direitos humanos, dentre os quais o terceiro (e fundamental) elemento foi incorporado à soberania permanente como uma

⁶⁸³ “It is not appropriate to set out examples of the peremptory norms referred to in the text of article 40 itself, any more than it was in the text of article 53 of the 1969 Vienna Convention. The obligations referred to in article 40 arise from those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values”. ILC, 2001, p. 112.

espécie de evolução do conceito, a partir da Resolução nº 837/1954 (IX), da Comissão de Direitos Humanos da UN, permeando as discussões para a construção dos Pactos sobre Direitos Humanos. Essa concepção mais abrangente diferia daquela depreendida da gênese da soberania permanente – Resolução nº 523/1952 (VI) –, a qual se deu no contexto específico do *Desenvolvimento econômico integrado e acordos comerciais*, conforme o título da Resolução. Com efeito, em um momento inicial, a soberania permanente representava o direito de um povo determinar, livremente, o uso de seus recursos naturais, prevendo que estes deveriam ser utilizados para alçarem os países a uma melhor posição, visando a promover a realização de seus planos de desenvolvimento econômico, de acordo com seus interesses nacionais. Esses objetivos buscavam, sobretudo, a expansão da economia mundial.⁶⁸⁴

Assim, a ligação da soberania sobre os recursos naturais com os direitos humanos não se verifica apenas a partir de sua interpretação como um direito ambiental necessário e vinculado ao desenvolvimento sustentável. Essa conclusão também é decorrência objetiva da adoção do conceito pela Comissão de Direitos Humanos da Unga e da sua inserção nos Pactos de Direitos Humanos, tal como recomendado pela própria Comissão na década de 1960. Com efeito, cabe novamente frisar que a soberania permanente sobre os recursos naturais foi incluída no rol de direitos humanos comuns aos Pactos, como uma espécie de requisito para a consecução dos demais princípios e objetivos, figurando logo no art. 1º, juntamente com a previsão de que todos os povos possuem o direito à autodeterminação:

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do direito internacional. Em nenhum caso poderá o povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.⁶⁸⁵ (grifo nosso)

A partir dessa disposição, também fica clara a conexão do exercício da soberania permanente como forma de garantir os meios de subsistência das populações. Chama a atenção, no entanto, a eloquente linguagem utilizada na construção do artigo comum ao Pactos: “em nenhum caso poderá o povo ser privado” desses meios. Ora, a previsão é absolutamente cristalina, conferindo ao exercício da soberania permanente sobre os recursos

⁶⁸⁴ “The right to determine freely the use of their natural resources and that they must utilize such resources in order to be in a better position to further the realization of their plans of economic development in accordance with their national interests, and to further the expansion of the world economy.” UN, 1952a.

⁶⁸⁵ “2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.” *Id.*, 1966a.

naturais uma característica de direito imperativo, expressão de norma inalienável e, portanto, inderrogável na ordem jurídica internacional.

A propósito, a característica de inalienabilidade da soberania permanente sobre os recursos naturais também foi reproduzida na Resolução Unga nº 3.171/1973 (XXVIII), a qual reafirma que “[...] o direito inalienável de cada Estado ao pleno exercício da soberania nacional sobre seus recursos naturais tem sido reiteradamente reconhecido pela comunidade internacional em inúmeras resoluções de diversos órgãos das Nações Unidas”.⁶⁸⁶ Da mesma forma, a Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional – Resolução Unga nº 3.271/1974 (S-VI)⁶⁸⁷ – novamente enfatiza a característica de inalienabilidade do direito à soberania permanente, nestes termos:

e. plena soberania permanente de cada Estado sobre seus recursos naturais e todas as atividades econômicas. [...] Nenhum Estado poderá ser submetido a coação econômica, política ou de qualquer outro tipo para impedir o livre e pleno exercício deste direito inalienável.⁶⁸⁸

Deve ser conferida especial atenção ao atributo de inalienabilidade do direito dos povos à soberania permanente sobre seus recursos naturais. Ao destacar que nenhum Estado deve ser coagido, sob forma alguma, a abdicar do exercício desse direito ‘inalienável’, a Resolução Unga nº 3.271/1974 alça a soberania permanente ao plano das normas peremptórias, cujo direito é inderrogável na ordem jurídica internacional.

A rigor, o conceito de soberania permanente encapsula valores, princípios, costumes e predicados que, inevitavelmente, levam à conclusão de que se trata de norma imperativa de direito internacional. A partir da presunção de que direitos humanos são classificados como *jus cogens*, assim como os direitos ambientais – haja vista estarem abrigados nos direitos humanos, ou mesmo por seu valor fundamental para a humanidade –, e de que a soberania permanente é representada por e decorrente de ambos, é improvável afastar sua compreensão como *jus cogens*. Negar tal natureza jurídica necessitaria de um esforço epistemológico de grande vulto.

⁶⁸⁶ “Reiterating that the inalienable right of each State to the full exercise of national sovereignty over its natural resources has been repeatedly recognized by the international community in numerous resolutions of various organs of the United Nations.” UNITED NATIONS. Resolution 3171 (XXVIII). Permanent sovereignty over natural resources. Adopted at the 2203rd plenary meeting, 17 Dec. 1973. A/RES/3171(XXVIII). In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 28th session**. New York: UN, 1973. v. 1, p. 52-53.

⁶⁸⁷ *Id.*, 1974a.

⁶⁸⁸ “Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. [...] No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.” *Ibid.*, p. 4.

A identificação da natureza jurídica da soberania permanente sobre os recursos naturais deve ser compreendida a partir de sua reconstrução histórica, por meio do resgate dos princípios que levaram à sua ascendência. A interpretação moral da norma é vital para esse entendimento, pois foi justamente na tentativa de restauração da moral mundial no pós-Guerra que o conceito teve sua gênese, emergência e evolução na ordem jurídica internacional. Pode ser dito, inclusive, que a soberania permanente sobre os recursos naturais foi criada para servir como fundação sobre a qual se construiria um novo mundo, uma vez cessados os conflitos mundiais, trazendo um elemento de esperança para os países não desenvolvidos e para retomada da economia, iniciada com o processo de globalização que se viu logo depois.

Assim, fica evidente a conjunção entre normas eminentemente peremptórias de direito internacional na constituição do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, quais sejam:

- (i) Soberania ‘permanente’, exprimindo um direito eternamente protegido pela sociedade internacional;
- (ii) Autodeterminação, representando o direito dos países de livremente gerenciarem suas riquezas naturais para o bem-estar e o desenvolvimento dos seus povos;
- (iii) Sustentabilidade, de forma a perpetuar os recursos e garantir meios de subsistência – e a própria vida humana.

Portanto, ao considerar que o direito inalienável da soberania permanente sobre os recursos naturais é o próprio exercício da autodeterminação dos povos e que o conceito exprime um direito ambiental e amparado pelos direitos humanos a partir dessas duas principais conotações, não há como lhe ser negado o *status* de norma peremptória de direito internacional.

O direito internacional reflete as correntes sociais e políticas predominantes na ordem mundial, e a contínua normatização dos direitos humanos estabelece, embora lentamente, um novo padrão de alcance para o direito internacional. Significa dizer, portanto, que o direito internacional está rebuscando a base moral sobre a qual se constituiu, desenvolvendo assim os direitos humanos na mesma proporção. Proeminentes entre o rol de direitos humanos, o direito à autodeterminação e os direitos ambientais têm sido bastiões de defesa da humanidade na coexistência com uma racionalidade jurídica positivista e suas características essenciais de soberania estatal e poder de império, as quais, muitas vezes, se mostraram ineficazes na proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional.

Pensando a soberania permanente sobre os recursos naturais sob a óptica da humanização do direito internacional, verifica-se que o conceito atende aos interesses superiores da comunidade internacional, encontrando assim expressão nas normas imperativas de direito internacional. Como norma emanada da consciência jurídica universal, pode ser dito que a soberania permanente sobre os recursos naturais possui natureza jurídica de *jus cogens*, em benefício da humanidade, servindo assim de pilar para o novo *jus gentium* – o resgate do indivíduo como principal sujeito de direito internacional.

5 CONCLUSÃO

O direito internacional contemporâneo – reinventado após as Grandes Guerras – articulou uma série de ações visando à reconstrução do mundo em seus aspectos econômicos e sociais. As novas pautas de interesse da comunidade internacional serviram de substrato ao desenvolvimento da ordem jurídica internacional, partindo de um processo de interação e de novas demandas econômicas e sociais. Assim, transcendendo o velho parâmetro da lei clássica da paz e guerra, o direito internacional voltou suas atenções e preparou-se para responder a esses novos desafios com ênfase na cooperação internacional e na garantia dos direitos humanos.

Essa compreensão permite uma abordagem apropriada para confirmar a hipótese inicial da pesquisa, referente à possibilidade de a soberania permanente sobre os recursos naturais possuir natureza jurídica de *jus cogens*, enquanto conceito construído a partir de princípios de direito internacional também com caráter de *jus cogens*, concebido e desenvolvido no âmbito da UN por sucessivas Resoluções de sua Assembleia Geral.

Nesse contexto, adquire especial relevância a compreensão das fontes de direito internacional e sua aplicação na ordem jurídica internacional, em especial – mas não se limitando – àquelas relacionadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Essa análise auxilia a identificar o potencial caráter imperativo de determinadas normas, seja pelo valor, seja pelo objeto que tutelam. Com efeito, o caráter contemporâneo das relações internacionais, o encurtamento de distâncias e o dinamismo desses entrelaçamentos contribuem sensivelmente para o próprio desenvolvimento do direito internacional.

Verifica-se, nesse contexto, a importância das Resoluções da UN como fonte de direito internacional – em especial as emanadas da Unga –, devido à sua representatividade, formando um importante instrumento do direito internacional e se consolidando no sistema jurídico internacional pela formação da prática reiterada e *opinio juris*.

O aparato legal construído a partir das fontes de direito internacional foi especialmente reforçado pela positivação das normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*) a partir dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, embora inerente ao direito internacional como valor moral desde os primórdios dos grandes internacionalistas, como Francisco de Vitória, Vattel, Grotius, Gentili e Wolff. A natureza jurídica de uma norma de caráter *jus cogens* lhe concede características de norma imperativa e cogente no direito internacional, à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral de mesma natureza.

Além de servir como amálgama entre o direito internacional geral e os regimes autossuficientes, caracterizado pela força centrífuga de fragmentação em sistemas especializados, verifica-se no *jus cogens*, na mesma intensidade, uma força centrípeta de unificação. Com efeito, a *raison d'être* do *jus cogens* – revisitado a partir da teoria da humanização do direito internacional – é a expressão da ética e da proteção dos valores morais da humanidade sobre os quais se fundamenta a comunidade de Estados. Partindo-se desse pressuposto, foram estabelecidos critérios teóricos e apresentados indícios a partir de *cases*, votos dissidentes e opiniões consultivas da ICJ e de outros tribunais internacionais reconhecendo que a autodeterminação dos povos, os direitos humanos e o direito ao ambiente, por representarem valores fundamentais à humanidade (preservação da cultura, proteção da identidade e direito de escolha do futuro), podem ser considerados normas peremptórias de direito internacional.

Ainda como parte dos estudos relacionados ao *jus cogens*, conclui-se que o Relatório *Normas Peremptórias de Direito Internacional Geral (jus cogens)*, de 2019, produzido pela ILC, estabeleceu uma cartilha de identificação e reconhecimento do *jus cogens* na ordem jurídica internacional. Embora de grande valia para o progresso do tema no âmbito do direito, a Comissão considerou que a previsão do art. 53 da Convenção de Viena, de que *jus cogens* “é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”, sugere que uma norma dessa natureza deverá obter aceitação expressa dos Estados, afirmando, categoricamente, tratar-se de norma peremptória de direito internacional. Esse requisito, conforme argumentado, praticamente sepulta a emergência (ou sedimentação) de normas imperativas no sistema jurídico internacional, diante do caráter evidentemente político das relações internacionais e da construção da atual sociedade de Estados sob a insígnia de uma intransigente soberania westfaliana.

No que tange à soberania permanente sobre os recursos naturais, verifica-se que sua gênese no âmbito da Unga, em meados do século XX, representou uma coligação de interesses internacionais para o restabelecimento da moral nas relações interestatais, reservando aos Estados não desenvolvidos determinados direitos inalienáveis e que deveriam ser respeitados pela comunidade internacional no processo de reabilitação econômica mundial. A série de Resoluções aprovadas desde então, com o endosso da grande maioria dos países, buscaram garantir a autodeterminação dos povos dos países não desenvolvidos em relação aos recursos e riquezas naturais, estabelecendo uma limitação intransigente à sua exploração: precipuamente em prol das presentes e futuras gerações, portanto de forma sustentável e em consonância com os direitos humanos.

Embora não tenha disso plenamente reconhecida nas decisões dos tribunais internacionais – em especial a ICJ –, determinadas decisões, mesmo que em votos dissidentes e opiniões apartadas, pavimentam o caminho para a compreensão da soberania permanente como uma norma de hierarquia superior na ordem jurídica internacional, em especial o voto do juiz Weeramantry no *case East Timor*, que aglutinou o conceito de PSNR com a autodeterminação, reconhecendo nesta última o caráter de *jus cogens*.

Quanto aos critérios de identificação da PSNR como *jus cogens*, em se tratando da aplicação da regra de reconhecimento de normas peremptórias de direito internacional nos termos propostos pela ILC no Relatório de 2019, percebe-se que a soberania permanente sobre os recursos naturais preenche todos os requisitos, com exceção, justamente, da necessidade de declaração expressa por parte dos Estados como um todo quanto à sua natureza de *jus cogens*. Entretanto, conforme argumentado, a regra não faz sentido: primeiro, porque a Convenção de Viena não prevê que tal reconhecimento deva ser realizado de forma expressa. Em segundo lugar, porque a essência do *jus cogens* permite reconhecer uma norma dessa natureza a partir da mera observação, pois representa valores morais da comunidade internacional ou, mais propriamente, de cada sujeito nuclear desses direitos: o humano. Por fim, conforme já defendido, um engessamento da regra de identificação e reconhecimento do *jus cogens* significaria criar obstáculos para a aplicação e o desenvolvimento de normas evidentemente de *jus cogens*, porém não reconhecidas expressamente pela comunidade internacional, especialmente os direitos humanos.

Por outro lado, percebe-se que a construção do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais foi evidentemente fundada na garantia internacional ao pleno exercício da autodeterminação dos povos em relação aos seus recursos e riquezas naturais. Desde a edição da Resolução Unga nº 523/1952 (VI), até a edição da Resolução nº 1.803/1962 (XVII) – a mais representativa –, e mesmo após, em tantas outras resoluções, o núcleo duro do conceito de soberania permanente é a autodeterminação, critério, portanto, confirmado para identificar a PSNR como norma inderrogável de direito internacional.

Os Pactos sobre Direitos Humanos de 1966 – ratificados por 179 países da comunidade internacional – declaram ambos os conceitos como requisitos ao exercício dos direitos humanos, em seu art. 1º (comum). Assim, verifica-se, de plano, um processo simbiótico entre soberania permanente e autodeterminação, no qual o exercício de uma garante a plena realização da outra, por vezes confundindo-as.

Outra importante conclusão é que a soberania permanente se traduz em desenvolvimento sustentável em prol do exercício da autodeterminação. Essa asserção

depreende-se das próprias resoluções, as quais, ao invés de albergarem o uso e exploração indiscriminada das próprias riquezas naturais pelos Estados, pregam, justamente, o oposto: a utilização dos recursos para o bem-estar transgeracional, de forma a possibilitar independência econômica dos países e perpetuar a autodeterminação em seus variados níveis (social, cultural, identidade, escolha de futuro). Corroborando essa afirmação, rememora-se que a soberania permanente é considerada expressão de desenvolvimento sustentável, tal como identificada na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, incorporada à Resolução Unga 70/1/2015, a qual declara que os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável possuem bases no exercício, pelo Estado, da soberania plena e permanente sobre todas as suas riquezas, seus recursos naturais e suas atividades econômicas.

Entretanto, tudo parece fazer ainda mais sentido à elucidação dos critérios jurídicos da soberania permanente a partir da constatação de que, na essência, o conceito funciona como um *hub* de direitos humanos. A autodeterminação, o direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável, o próprio direito à vida, à liberdade e à subsistência – apenas para citar alguns – estão indelevelmente entrelaçados na construção do conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais. O caráter universal, indivisível e inalienável conferido à PSNR – aliás, mais de uma vez –, auxilia a compreender a importância dos valores sob o guarda-chuva do conceito. Mais do que isso, pavimenta o caminho para compreendê-lo como uma norma eminentemente peremptória de direito internacional.

Parece claro que os esforços para uma comunidade internacional pacífica e com interesses comuns demanda a sedimentação dos valores fundamentais da sociedade internacional, o que, *prima facie*, poderia ser resolvido sob a ótica da teoria da humanização do direito internacional, a qual defende o resgate da humanidade como o verdadeiro (e nuclear) sujeito de direitos do direito internacional. O deslocamento cada vez mais gradativo da ênfase da comunidade internacional de Estados para o componente humano colabora com o desenvolvimento do direito internacional contemporâneo, afastando-se cada vez mais do pressuposto de soberania intransigente e valorizando a efetiva garantia do exercício dos direitos humanos.

Assim, pode-se concluir que a soberania permanente sobre os recursos naturais é um conceito de direito internacional com *status* de *jus cogens*. De uma forma ou de outra, seja pelas sucessivas Resoluções da Unga – expressão de *opinio juris* e prática reiterada –, seja pela forma com que o conceito é mencionado nos Pactos sobre Direitos Humanos ou nas Resoluções sobre a nova ordem econômica internacional, a PSRN constitui-se em expressão de direito humanos, constituída pela autodeterminação e pelo direito aos direitos ambientais

(direito ao ambiente limpo, saudável e sustentável). Sob esse viés, é direito inalienável de cada Estado ao pleno exercício da autoridade sobre suas riquezas naturais, o que engloba o direito correlato de disporem de seus recursos plena e livremente em benefício intra e intergeracional. Portanto, enquanto elemento fundamental concebido e desenvolvido para benefício da vida humana, emanado da consciência jurídica universal, atende aos interesses superiores da humanidade e assim encontra expressão como norma peremptória de direito internacional.

REFERÊNCIAS

- ABI-SAAB, Georges. The Third World and the Future of the International Legal Order. **Revue Egyptienne de Droit International**, Le Caire, v. 29, p. 27-66, 1973. Disponível em: <https://bit.ly/3y1FuVK>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AGO, Roberto. Droit des traités a la lumière de la Convention de Vienne Introduction. **Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye**, La Haye, v. 134, 1971. Disponível em: <https://bit.ly/3y7bhEN>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- ALBUQUERQUE, Letícia. **Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense: estudo de caso da Barra do Camacho/SC**. 2009. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3uaEeyx>. Acesso em: 20 maio 2022.
- ALEXIDZE, Levan. The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, [S. l.], 1981, v. 172, n. 3, p. 219-270, 1981. Disponível em: <https://bit.ly/39ZspEC>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- ALFREDSSON, Gudmundur. Human Rights and the Environment. In: LEARY, David; PISUPATI, Balakrishna (ed.). **The Future of International Environmental Law**. Tokyo: United Nations University, 2010. p. 127-146.
- ANDREEN, Willian L. Environmental Law and the Challenge of Strengthening Environmental Law in the Developing World. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v. 25, p. 17-69, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3NuEork>. Acesso em: 4 abr. 2022.
- AS RESOLUÇÕES da ONU são vinculativas? **Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental das Nações Unidas**, [S. l.], [201-]. Disponível em: <https://bit.ly/3NxrQzB>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- ASSEMBLEIA ambiental da ONU termina com 14 resoluções para conter a poluição e proteger e restaurar a natureza. **Unep**, Nairóbi, 2 mar. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3yve4Jh>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- BEYERLIN, Ulrich. Different Types of Norms in International Environmental Law: policies, principles and rules. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- BEYERLIN, Ulrich; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Ensuring Compliance with Multilateral Agreements: a dialogue between practitioners and academia**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

- BODANSKI, Daniel. Customary (And Not So Customary) International Environmental Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indianapolis, v. 3, n. 1, p. 105-119, 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3QZkZlm>. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BOROWSKI, Martin. Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (ed.). **The Cambridge Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press: 2021. p. 627-650.
- BOSELMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008.
- BOYLE, Alan. Human Rights and International Environmental Law: Some Current Problems. **European University Institute**, [S. l.], 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3IIGOWs>. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BIAZATTI, Bruno de Oliveira. O papel das recomendações da Assembleia Geral das Nações Unidas na formação do Direito Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **X Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, [S. l.], v. 1, n. 17, 2015, p. 192-214. Disponível em: <https://bit.ly/3HYGXRr>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, p. 59, 15 dez. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3uc3W5K>. Acesso em: 4 mar. 2022.
- BRITANNICA. Shruti Hindu Sacred Literature. **Enciclopédia Britannica**, [S. l.], [201-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3NwcYRG>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BROLEZE, Adriano. *Ius gentium*: o direito internacional em Francisco de Vitória. **Revista Juridica**, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 406-432, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3A1AyO6>. Acesso em: 7 mar. 2022.
- BROWNLIE, Ian. Coment. In: CASSESE, Antonio; WEILER, J. H. **Change and Stability in International Law-Making**. New York: de Gruyter, 1988.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- BRUNNÉE, Jutta. Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law. In: BEYERLIN, Ulrich; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Ensuring Compliance with Multilateral Agreements: a dialogue between practitioners and academia**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law**. Groningen: Europa Law, 2008.
- BULL, Hedley. **The anarchical society: a study of order in world politics**. 3. ed. New York: Palgrave, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **R. Inf. legisl.**, Brasília,

ano 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/3bHDESE>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new *jus gentium***. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. General Course on Public International Law - Part I. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 29-44, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/39Zu9gT>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new *jus gentium***. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. v. 6.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Statute of the International Court of Justice**. [S. l.]: Audiovisual Library of International Law, set. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3AhPuWP>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CARTAXO, Ernani Guarita. Conceito clássico e post-clássico do *jus naturale* e do *jus gentium*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, p. 28-47, 1953. Disponível em: <https://bit.ly/3ud4ckO>. Acesso em: 8 mar. 2022.

CASSESE, Antonio. For an Enhanced Role of *Jus Cogens*. In: CASSESE, Antonio (ed.). **Realizing Utopia: The Future of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnet) in International Law. **International Law**, [S. l.], v. 1, p. 210-231, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3ytgYOE>. Acesso em: 1º abr. 2022.

CENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO AMBIENTAL. **Proyecto de Pacto internacional relativo al derecho de los seres humanos al medio ambiente**. [S. l.]: CIDCA, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3bzjLwP>. Acesso em: 4 abr. 2022.

CHAVES, Luciano Athayde. As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 2, p. 201-225, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3R89mIW>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CHESTERMAN, Simon. An International Rule of Law? **The American Journal of Comparative Law**, [S. l.], v. 56, p. 331-361, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3udUUVP>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. [S. l.: s. n.], 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3nnnz78>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*. **Yale Journal of International Law**, [S. l.] v. 34, p. 331-387, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3a97uPc>. Acesso em: 1º abr. 2022.

CROSATO, Alfredo; VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, Marcelo. General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 157-172, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3OP8irh>. Acesso em: 12 fev. 2022.

DANILENKO, Gennady M. International *jus cogens*: issues of law-making. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 2, n. 1, 1991, p. 42–65. Disponível em: <https://bit.ly/3I18rFP>. Acesso em: 10 fev. 2022.

D'ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (ed.). **International organisations, non-state actors and the formation of customary international law**. Manchester: Manchester University Press, 2020.

DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS, Marc. **Human Rights and the Environment**. Strasbourg: Council of Europe, 2002.

DELUPIS, Ingrid Detter. **The International Legal Order**. London: Dartmouth Pub, 1994.

DROEGE, Cordula. Elective affinities? Human rights and humanitarian law. **International Review for the Red Cross**, [S. l.], v. 90, n. 871, 501-548, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3ORVtMQ>. Acesso em: 1º abr. 2022.

DUBOIS, Dan. The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law? **Nordic Journal of International Law**, [S. l.], v. 78, n. 2, p. 133-175, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3AfRoOI>. Acesso em: 1º abr. 2022.

DUPUY, Pierre-Marie. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: on the “Fragmentation” of International Law. **European Journal of Legal Studies**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 1-19, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3I19mWN>. Acesso em: 1º abr. 2022.

DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. **International environmental law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Marin Fontes, 2002.

ELIAN, George. **The Principle of Sovereignty Over Natural Resources**. Alphen aan den Rijn: Sitjhoff, 1979.

ENYEW, Endalew Lijalem. Application of the Right to Permanent Sovereignty over Natural Resources to Indigenous Peoples. **Arctic Review on Law and Politics**, Oslo, v. 8, n. 27, p. 222-245, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3bFKXu1>. Acesso em: 4 abr. 2022.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (ed.). **The Oxford handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FISHER, Joel M.; GOLBERT, Albert; MAGHAME, Bahram. *British Petroleum v. Libya: a preliminary comparative analysis of the international oil companies' response to nationalization*. **Southwestern University Law Review**, [S. l.], v. 68, p. 68-97, 1975. Disponível em: <https://bit.ly/3QQhb5I>. Acesso em: 4 abr. 2022.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado**. 2005. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3ubX74h>. Acesso em: 22 maio 2022.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1964.

GEORGE, Robert P. **In defense of natural law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GESS, Karol N. Permanent sovereignty over natural resources: an analytical review of the United Nations Declaration and its genesis. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 13, p. 398-449, 1964. Disponível em: <https://bit.ly/3uaYrnE>. Acesso em: 2 abr. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. 1. ed. London: M. Walter Dunne, 1901.

GUERRA, Sidney Cesar Silva; TONETTO, Fernanda Figueira. A proteção internacional dos direitos humanos e a construção dos valores intangíveis da humanidade. **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, Duque de Caxias, v. 9, n. 2, p. 1-29, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3OuxsLX>. Acesso em: 20 maio 2022.

GUNNAR, Ekeløve-Slydal. Jeremy Bentham's Legacy: A Vision of an International Law for the reatest Happiness of All Nations. *In*: MORTEN; BERGSMO; EMILIANO, Buis. **Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers**. Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018. p. 429-485.

GUPTA, Nares Chandra. **Sources Of Law And Society In Ancient India**. Calcutta: Art Presse, 1914. Disponível em: <https://bit.ly/3uep5fl>. Acesso em: 25 fev. 2022.

HAFNER-BURTON, E. M.; VICTOR, D. G.; LUPU, Y. Political Science Research on International Law: The State of the Field. **American Journal of International Law**, Cambridge, v. 106, n. 1, p. 47-97, jan. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3OGO1nQ>. Acesso em: 23 fev. 2022.

HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der. *Jus Cogens and the Humanization and Fragmentation of International Law*. *In*: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Springer, 2016.

HEY, Ellen. Sustainable Development, Normative Development and the Legitimacy of Decision Making. **Netherlands Yearbook of International Law**, Den Haag, v. 34, p. 3-53, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3QUAXwZ>. Acesso em: 4 abr. 2022.

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. **International environmental law and policy**. 5. ed. Saint Paul: Foundation Press, 2015.

HURREL, Andrew. **On Global Order: power, values, and the constitution of international society**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (ed.). **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992.

HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict. The International Politics of the Environment: An Introduction. In: HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict. (ed.). **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992, p. 1-50.

HYDE, James N. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **American Journal of International Law**, New York, v. 50, p. 854-867, 1956. Disponível em: <https://bit.ly/3yrTgCq>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. Advisory Opinion OC-18/03. 17 set. 2003. Requested by the United Mexican States. [*S. l.: s. n.*], 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3ytOqod>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the Saramaka People v. Suriname**. Judgment of November 28, 2007. [*S. l.: s. n.*], 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3I4GZaw>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15**, Award 168, 31 out. 2011. [*S. l.: s. n.*], 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3ytNrod>. 4 abr. 2022.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador**. ICSID Case No. ARB/09/12. [*S. l.: s. n.*], 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3HZmSdG>. Acesso em: 4 abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. 1945. ICJ, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3AbxfJx>. Acesso em: 31 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The Corfu Channel Case (Merits). 9 abr. 1949. San Francisco: ICJ, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3a1V5N3>. Acesso em: 31 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Advisory Opinion (Advisory Opinion). 28 maio 1951. San Francisco: ICJ, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3ywynGt>. Acesso em: 31 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965. Overview of the case (Advisory Opinion) 25 fev. 2019. **ICJ**, San Francisco, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AbwH6r>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands). 26 abr. 1968. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3I5GHQr>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962). Judgment delivered 5 fev. 1970. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3y3Jg11>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Overview of the case (Advisory Opinion) 29 jul. 1971. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3y6ncTc>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Western Sahara. Overview of the case (Advisory Opinion). 16 out. 1975. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3yaCwP0>. Acesso em: 5 abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Judgment merits 27 jun. 1986. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3AeDVGA>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. East Timor (Portugal vs. Australia). Overview of the case. Judgment of 30 jun. 1995. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3AaoYpa>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C. J. Reports 1996. San Francisco: ICJ, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3NvImkC>. Acesso em: 8 mar. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). Overview of the case. The Hague, 1997. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3AcfsBM>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Overview of the case (Advisory opinion). 9 jul. 2004. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3a2taww>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Judgment of 19 dez. 2005. **ICJ**, San Francisco, [2017?]. Disponível em: <https://bit.ly/3y6hUHx>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)**. Overview of the case. Judgment dated 20 jul. 2012. **ICJ**, San Francisco, 2012a. Disponível em: <https://bit.ly/3OMPCZe>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Overview of the case. Judgment rendered 3 fev. 2012. ICJ, San Francisco, 2012b. Disponível em: <https://bit.ly/3OPdeMP>. Acesso em: 1º abr. 2022

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). **Prosecutor v. Anto Furundžija**. Judgement case n. IT-95-17/1-T. 10 dez. 1998. [S. l.]: ONU, 1998. Disponível em: <https://bit.ly/3ucBq3L>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission**. New York: ONU, 1963. v. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3y76XoT>. Acesso em: 20 maio 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries**: Text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (at para. 38). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II. 1966. New York: ONU, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3OTHTZB>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission 1993**. v. II, Part One. Documents of the forty-fifth session. New York: United Nations, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3brAGBm>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts** (with commentaries). Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, as corrected. New York: ONU, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3a9OhNx>. Acesso em: 1º abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of international law: difficulties arising from the expansion and diversification of international law. Report of the study group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. Genebra, 2006. ILC, New York, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3NxHXNg>. Acesso em: 31 mar. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission 2001**. v. II, Part Two. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session. New York: United Nations, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3QXeFL6>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Peremptory norms of general international law (Jus cogens). ILC, New York, [2017]. Disponível em: <https://bit.ly/3AeYjaF>. Acesso em: 2 abr. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens)** by Dire Tladi, Special Rapporteur. 71st Session, 2019. [S. l.]: Unga, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Agh8uk>. Acesso em: 25 mar. 2022.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)**. Merits. Hamburg, 1999. Itlos, Hamburg, [200?]. Disponível em: <https://bit.ly/3yufioh>. Acesso em: 2 abr. 2022.

JANIS, Mark W. The Nature of *Jus Cogens*. In: MAY, Larry; BROWN, Jeff (ed.). **Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings**. Wiley-Blackwell, 2010.

JENNINGS, Robert Y. What is international law and how do we tell it when we see it? In: KOSKENNIEMI, Martti (ed.). **Sources of international law**. New York: Routledge, 2016. p. 28-56.

JENNINGS, Roberts; WATTS, Sir Arthur. **Oppenheim's International law**. 9. ed. Burnt Mill: Longman, 1996. vol. 1.

JIA, Bing B. The Relations between Treaties and Custom. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 9, n. 1, p. 81-109, mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3R0vpRu>. Acesso em: 12 fev. 2022.

KADELBACH, Stefan. The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 21-40.

KÄMMERER, Jörn Axel; STARSKI, Paulina. Imperial Colonialism in the Genesis of International Law – Anomaly or Time of Transition? **MPIL Research Paper Series**, n.12, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2789595. Acesso em: 23 fev. 2022.

KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 523-553, jun. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3R4i6je>. Acesso em: 12 fev. 2022.

KELSEN, Hans. **Princípios de Derecho Internacional Público**. El Ateneo: Buenos Aires, 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KENNEDY, David. **International Legal Structures**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 1987.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International Environmental Law**. 3.ed. Ardsley: Transnational Publishers, 2004.

KLEINLEN, Thomas. *Jus Cogens* as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (Ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Asser/Spronger, 2016. p. 173-210

KOLB, Robert. **Peremptory international law - jus cogens: A general inventory**. Oxford and Portland: Hart, 2015.

KOSKENNIEMI, Martti. The pull of mainstream. **Michigan Law Review**, [S. l.], v. 88, p. 1946-1962, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3R1z6X9>. Acesso em: 2 abr. 2022.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge: Cambridge, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. What Use for Sovereignty Today? **Asian Journal of International Law**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 61-70, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3y7JXGo>. Acesso em: 2 abr. 2022.

KOSKENNIEMI, Martti. Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. **Temple international and comparative law journal**, [S. l.], v. 27, n. 2, p. 215-240, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3I1DEbU>. Acesso em: 24 fev. 2022.

KOSKENNIEMI, Martti. General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law'. In: KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). **Sources of international law.** New York: Routledge, 2016. p. 359-402.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law: postmodern anxieties? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, n. 15, pp. 553-579, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3OVt7I3>. Acesso em: 1º abr. 2022.

KOTZÉ, Louis. Constitutional Conversations in the Anthropocene: In Search of Environmental *Jus Cogens* Norms. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (Ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Spronger, 2016. p. 241-271.

KRASNER, Stephen D. **Sovereignty: organized hypocrisy.** Chichester: Princeton University Press, 1999.

KUOKKANEN, Tuomas. **International Law and the Environment: variations on a theme.** The Hage: Kluwer Law International, 2002.

LAGERGREN, Gunnar. B.P. Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic. Award (Merits). 1973. **Jus Mundi**, [S. l.], [201-?]. Ad hoc Arbitration. Disponível em: <https://bit.ly/3a4Eokc>. Acesso em: 20 maio 2022.

LEATHLEY, Christian. An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: has the ILC missed an opportunity? **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 40, p. 259-306, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3QXC11W>. Acesso em: 1º abr. 2022.

LEWIS, Draper. The Ultimate Sources of the Development of the Law. **The American Law Register and Review**, [S. l.], v. 43, n. 10, p. 646-653, 1895. Disponível em: <https://bit.ly/3ubRJOz>. Acesso em: 25 fev. 2022.

LIMA, Lucas Carlos. O Surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: Formação Europeia e Fundamento Voluntarista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 8, n. 1, p. 17, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ucaKQP>. Acesso em: 31 mar. 2022.

LINDERFALK, Ulf. The Creation of *Jus Cogens* – Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, [S. l.], v. 71, p. 359-378, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3P9cJO3>. Acesso em: 31 mar. 2022.

LINDERFALK, Ulf. What is so special about *jus cogens*? On the difference between the ordinary and the peremptory international law. **International community law review**, [S. l.] v., 14, p. 3-18, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3OQ0Fky>. Acesso em: 1º abr. 2022.

LINDERFALK, Ulf. **Understanding *jus cogens* in international law and international legal discourse**. Northampton: Edward Elgar, 2020.

LONE, Fozia Nazir. **Historical title, self-determination and the Kashmir question: changing perspectives in international law**. Leiden and Boston: Brill Nijhoff, 2018.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Soberania, WTO e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAHMASSANI, Sobhi. Arbitral Tribunal: Award in Dispute between Libyan American Oil Company (Liamco) and the Government of the Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions. **International Legal Materials**, Cambridge, v. 20, n. 1, p. 1-87, 1980. Disponível em: <https://bit.ly/3Ad9m4c>. Acesso em: 4 abr. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório e trabalhos científicos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas 2008.

MARKBY, William. **Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Presse, 1871. Disponível em: <https://bit.ly/3OAeAv6>. Acesso em: 27 fev. 2022.

MARR, Simon. The southern bluefin tuna cases: the precautionary approach and conservation and management of fish resources. **European Journal Of International Law**, Florença, v. 11, n. 4, p. 815-831, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3nomjRc>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and faith in international law. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, 2009. v. 22. p. 1-28. Disponível em: <https://bit.ly/3yuHJm1>. Acesso em: 1º abr. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

McDOUGAL, Myres S.; LASSWELL, Harold D.; CHEN, Lung-chu. **Human rights and world public order: the basic policies of an international law of human dignity**. New York: The Vail-Ballou Press, 1980.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MOSLER, Hermann. Ius cogens im Völkerrecht. **Annuaire suisse de droit international**, [S. l.], v. 25, p. 9-41, 1968.

O'CONNELL, Mary Ellen. *Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms*. In: CHILDRESS, Donald Earl (ed.). **The Role of Ethics in International Law**. Cambridge University Press, 2012.

ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, [S. l.], v. 16, n. 5, p. 879-906, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3QVCAdL>. Acesso em: 10 mar. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. **O papel da soft law na efetivação do direito ambiental internacional**. 2005. 176 f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3NxJLWO>. Acesso em: 20 mar. 2022.

OMAR, Shagufta. Sources of International law in the light of the Article 38 of the International Court of Justice. **Papers SSRN**, [S. l.], jul. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3yx6ONi>. Acesso em: 1 mar. 2022.

ORAKHELASHVILI, Alexander. The impact of peremptory norms on the interpretation and application of united nations security council resolutions. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 16, n. 1, p. 59-88, fev. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3uddCwF>. Acesso em: 1º abr. 2022.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ORAKHELASHVILI, Alexander. Audience and Authority—The Merit of the Doctrine of *Jus Cogens*. In: HEIJER, Maarten den; WILT, Harmen van der (ed.). **Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?** Haia: Springer, 2016. p. 115-145.

ORAKHELASHVILI, Alexander. The Post-War Settlement in Iraq: The UN Security Council Resolution 1483(2003) and General International Law. **Journal of Conflict and Security Law**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 307-314, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3OSDOVu>. Acesso em: 1º abr. 2022.

OSIEJEWICZ, Joanna. **Globalne zarządzanie zasobami ropy i gazu w perspektywie prawnomiędzynarodowej**. München: CH Beck, 2018.

PAULUS, Andreas L. *Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Re-appraisal. **Nordic Journal of International Law**, [S. l.], v. 74, p. 297-334, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3Ae087P>. Acesso em: 1º abr. 2022.

PAUST, Jordan. The reality of *jus cogens*. **Connecticut Journal of International Law**, [S. l.], v. 81, p. 83-84, 1991.

PEDERSEN, Susan. Back to the League of Nations. **The American Historical Review**, [S. l.], v. 112, n. 4, p. 1091-1117, out. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3R0ckPq>. Acesso em: 4 mar. 2022

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Oscar Chinn Case**. Judged in 12 dez. 1934. New York: PCIJ, 1934. (Series Judgments, Orders and Advisory Opinions, Fascicule n° 63). Disponível em: <https://bit.ly/3Nq4gEM>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PERREZ, Franz Xaver. The relationship between “permanent sovereignty” and the obligation not to cause transboundary environmental damage. **Environmental Law**, Portland, v. 26, n. 4, p. 1188-1212, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3P9imMb>. Acesso em: 2 abr. 2022.

PERREZ, Fraz Xaver. **Cooperative Sovereignty: from independence in the structure of international environmental law**. Den Haag: Kluwer Law International, 2000.

PETERS, Anne; PETER, Simone. International Organizations: Between Technocracy and Democracy. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (ed.). **The Oxford handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 163-184.

POMSON, Ori. A Basic Introduction to the Sources of International Law. **Papers SSRN**, [S. l.], 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3yw8fvp>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Draft Resolution Animal Welfare – Environment – Sustainable Development Nexus: Revised version**, submitted to the secretariat on 2 December 2021. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3OT0HYI>. Acesso em: 9 mar. 2022.

PROST, Mario. Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective. **Houston Journal of International Law**, [S. l.], v. 39, n. 2, p. 285-330, 2017. Disponível em: <https://eprints.keele.ac.uk/2180/>. Acesso em: 8 mar. 2022.

PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3NxrR9u>. Acesso em: 1º abr. 2022.

RAIĆ, David. **Statehood and the Law of selfdetermination**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

RAJAN, M. S. **Sovereignty Over Natural Resources**. New Delhi: Radiant, 1978.

RETTTER, Mark. *Jus Cogens: Towards an International Common Good?* **Transnational Legal Theory**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 537-571, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3Nw19eu>. Acesso em: 1º abr. 2022.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBERTS, Anthea. **Is international law international?** Oxford: Oxford University Press, 2017.

ROMANO, Cesare. The Proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, p. 709-751, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3R9fKj8>. Acesso em: 1º abr. 2022.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 583-595, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3I31vbo>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SAND, Peter H. The evolution of international environmental law. *In*: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY, Ellen (ed.). **The Oxford handbook of international environmental law**. Oxford: Oxford, 2010.

SAAVEDRA, Fernando Estenssoro. **História do debate Ambiental na política mundial 1945-1992**. Tradução Daniel Rubens Cenci. Ijuí: Unijuí, 2014.

SANDS, Phillippe. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SAUL, Matthew. Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges. **Asian Journal of International Law**, Cambridge, v. 5, n. 1, p. 26-54, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3bGwLAY>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SAUL, Matthew. The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right? **Human Rights Law Review**, [S. l.], v. 11, n. 4, p. 609-644, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3NBtNUZ>. Acesso em: 1º abr. 2022.

SCHEUNER, Ulrich. Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law and its Consequences: Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Heidelber, p. 520-532, 1967. Disponível em: <https://bit.ly/3a90MJ3>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SCHRIJVER, Nico. **The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status**. Leiden: Brill, 2008a.

SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over Natural Resources: balancing rights and duties**. Edimburgh: Cambridge, 2008b.

SCHWARTZ, Priscilla. Sustainable Development in International Law. **Non-State Actors and International Law**, Leiden, v. 5, p. 127-152, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3u7Y7pZ>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SCHWARZENBERGER, Georg. International *Jus Cogens*? **Texas Law Review**, [S. l.], v. 43, p. 455-469, 1964. Disponível em: <https://bit.ly/3a0fdzl>. Acesso em: 1º abr. 2022.

SCHWEBEL, Stephen M. Proceedings of the Annual Meeting. **American Society of International Law**, [S. l.], v. 73, p. 301-309, abr. 1979. Disponível em: <https://bit.ly/3a3sKWI>. Acesso em: 8 mar. 2022

SCHWELB, Egon. Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission. **The American Journal of International Law**, [S. l.], v. 61, n. 4, p. 946-975, 1967. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2197345>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SHAH, Kumkum. Analysis of Doctrine of Permanent Sovereignty over Natural Resources. **Papers SSRN**, [S. l.], 31 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NybPt9>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SHANMUGANATHAN, D.; WARREN, L. M. Status of sustainable development as a principle of national and international law: the Indian approach. **Journal of Environmental Law**, Oxford, v. 9, n. 2, p. 387-402, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3aabZJk>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SHAO, Xuan. What We Talk about When We Talk about General Principles of Law. **Chinese Journal of International Law**, Oxford, v. 20, n. 2, p. 219-255, jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3y72l2k>. Acesso em: 12 fev. 2022.

SHAW, Malcolm N. **International law**. 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

SHECAIRA, Fábio Perin. Sources of Law Are not Legal Norms. **Ratio Juris**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 1-16, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3nsS37I>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SHELTON, Dinah. *Jus cogens*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

SILVA, Lucilaine Ignacio da. **Trabalho decente e bem viver**: enlace necessário para a construção do vínculo comunitário fundamentado no reconhecimento, relacionalidade e reciprocidade. 2019. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3OzeyDY>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, [S. l.], v. 250, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3OyVHbU>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SOHN, Louis B. The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States. **American University Law Review**, v. 32, n. 1, 1982. Disponível em: <https://bit.ly/3a3rBhT>. Acesso em: 1º abr. 2022

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SPROAT, Dana. An Indigenous People's Right to Environmental Self-Determination: Native Hawaiians and the Struggle Against Climate Change Devastation. **Stanford Environmental Law Journal**, [S. l.], v. 35, n. 2, p. 157-220, 2016. Disponível em: <https://stanford.io/3a0gypR>. Acesso em: 2 abr. 2022.

STEINFIELD, Adam. Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons. **Brooklin Law Review**, [S. l.], v. 62, n. 4, p. 1635-1686, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3bDogGS>. Acesso em: 2 abr. 2022.

STELZER, Joana. **Direito do comércio internacional: Do Free Trade ao Fair Trade**. Curitiba: Juruá, 2018.

THACHER, Peter S. The Role of the United Nations. In: HURREL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (ed.). **The International Politics of the Environment**. New York: Oxford, 1992.

THIRLWAY, Hugh. **The Sources of International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TOMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 83-97.

TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. *Jus Cogens* and the Law of Treaties by W-ADYS-AW CZAPLIN-SKI. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

DUPUY, René-Jean. *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, YCA 1979. **Trans-Lex**, [S. l.], [201-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3OxcmN3>. Acesso em: 4 abr. 2022.

TUNKIN, Grigory Ivanovich. **Droit International Public**. Pedone: Paris, 1965.

UNITED NATIONS. **United Nations Charter**. Signed on 26 June 1945, in San Francisco. 1945. UUN, New York, [200-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3y8LsEe>. Acesso em: 8 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949. In: UNITED NATIONS. **Fourth Geneva Convention of 1949**. New York: UN, 1949. p. 163-228. Disponível em: <https://bit.ly/3OL8wzW>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 523 (VI) Integrated economic development and commercial agreements. A/RES/523(VI). Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th session, 6 November 1951-5 February 1952. Adopted at the 360th plenary meeting, 12 jan. 1952. In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th session, 6 November 1951-5 February 1952**. A/2119. New York: UN, 1952a. p. 20. Disponível em: <https://bit.ly/3R07EsL>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Recommendations concerning international respect for the self-determination of peoples: draft resolution / Chile**. New York: UN, 1952b. Disponível em: <https://bit.ly/3y3ivtv>. Acesso em: 4 abr. 22.

UNITED NATIONS. Resolution 626 (VII). Right to exploit freely natural wealth and resources. Adopted at the 411th plenary meeting, 21 Dec. 1952. United Nations, General Assembly (7th sess.: 1952-1953). In: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the**

General Assembly during its 7th session, 14 October-21 December 1952. A/2361. New York: UN, 1952c. p. 18. Disponível em: <https://bit.ly/3xYL8b2>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 837 (IX). Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination. General Assembly resolution 837 (IX) of 14 December 1954. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the report, of the Third Committee.** New York: UN, 1954a. p. 21. Disponível em: <https://bit.ly/3ORNYWd>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Commission on Human Rights. Report of the Tenth Session 23 february-16 april 1954. **Economic and Social Council Official Records**, Eighteenth Session, Suppl. n. 7, 1954b. Disponível em: <https://bit.ly/3I114Rk>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone.** Geneva, 29 April 1958. New York: UN, 1958a. Disponível em: <https://bit.ly/3nt4eS7>. Acesso em: 20 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 1314 (XIII). Recommendations concerning international respect for the right of peoples and nations to self-determination. 788th plenary meeting, 12 December 1958. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Third Committee.** New York, 1958b. p. 27. Disponível em: <https://bit.ly/3OTgruR>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. General Assembly Resolution 1514 (XV). Adopted 14 dez. 1960a. **United Nations Human Rights**, [S. l.], [200-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3nqQBCK>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. Principles which should guide Members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73e of the Charter. General Assembly Resolution 1541 (XV). Adopted 15 dez. 1960. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Fourth Committee.** New York: UN, 1960b. p. 29-30. Disponível em: <https://bit.ly/3bGfvM7>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 1515 (XV). Concerted action for economic development of economically less developed countries. Adopted at the 948th plenary meeting, 15 Dec. 1960. A/RES/1515(XV). 15 dez. 1960. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Second Committee.** New York, 1960c. p. 9. Disponível em: <https://bit.ly/3OFi8MY>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 1803 (XVII). Permanent sovereignty over natural **resources.** General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, A/RES/1803(XVII). *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the Second Committee.** New Yor: UN, 1962. p. 15-16. Disponível em: <https://bit.ly/3bEqJAY>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Official Records.** General Assembly, 17th Session, Official Records, 2nd Committee, 835th Meeting, New York, Monday, 12 nov. 1962. New York: UN, 1963a. Disponível em: <https://bit.ly/3AlsTiX>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Official Records.** General Assembly, 17th Session, Official Records. 2nd Committee, 846th Meeting, New York, Tuesday, 20 nov. 1962. *In*: UNITED NATIONS.

United Nations General Assembly Seventeenth Session Official Records. New York: Unga, 1963b. p. 233-237. Disponível em: <https://bit.ly/3y63hUH>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights.** General Assembly Resolution 2200A (XXI). Adopted 16 dez. 1966. New York: UN, 1966a. Disponível em: <https://bit.ly/3R1Qnjd>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.** General Assembly Resolution 2200A (XXI). Adopted 16 dez. 1966. New York: UN, 1966b. Disponível em: <https://bit.ly/3R1BAES>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Conference on the Law of Treaties:** Summary records of the plenary meetings and the Committee of the Whole, 1st session, Eighteenth Meeting, 26 March–24 May 1968. New York: UN, 1968a. Disponível em: <https://bit.ly/3bF6lDa>. Acesso em: 10 jan. 2022.

UNITED NATIONS. **Final Act of the International Conference on Human Rights.** Teheran, 22 abr. to 13 may 1968 (Proclamation of Teheran). New York: United Nations, 1968b. Disponível em: <https://bit.ly/3ywb12j>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention on the Law of Treaties.** 23 may 1969. (United Nations Treaty Series, v. 1155). Disponível em: <https://bit.ly/3Afu03H>. Acesso em: 31 mar. 2022.

UNITED NATIONS. **Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.** General Assembly Resolution 2625 (XXV). Adopted 24 out. 1970. *In:* UNITED NATIONS. **Resolutions adopted on the reports of the sixth committee.** New York: UN, 1970. p. 121-123. Disponível em: <https://bit.ly/3R32sV5>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 2993 (XXVII). Implementation of the Declaration on the Strengthening of International Security. Resolution Adopted at the 2111th plenary meeting, 15 Dec. 1972. A/RES/2993(XXVII). 15 dez. 1972. *In:* UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 27th session,** New York: UN, 1972a. p. 20-21. Disponível em: <https://bit.ly/3I4IEMX>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment.** First World Conference on the Environment, Stockholm, United Nations, 5-16 June 1972. New York: UN, 1972b. Disponível em: <https://bit.ly/3a2GO2P>. Acesso em: 5 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 3171 (XXVIII). Permanent sovereignty over natural resources. Adopted at the 2203rd plenary meeting, 17 Dec. 1973. A/RES/3171(XXVIII). *In:* UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 28th session.** New York: UN, 1973. v. 1, p. 52-53. Disponível em: <https://bit.ly/3I1Jfy>. Acesso em: 5 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 3201 (S-VI), Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. Resolutions adopted at the 2229th plenary meeting, 1 May 1974. A/RES/3201(S-VI) (1 Maio 1974). *In:* UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 6th special session.** New York: UN, 1974a. p. 3-5. Disponível em: <https://bit.ly/3nuRqKY>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 3326 (XXIX). Report of the Governing Council of the United Nations Environment Programme. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions adopted by the General Assembly during its 29th session**. New York: UN, 1974b. v. 1, p. 61-62. Disponível em: <https://bit.ly/3nwoLFj>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Resolution 384 (1975) / [adopted by the Security Council at its 1869th meeting], of 22 December 1975. Security Council resolution 384. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions and decisions of the Security Council**. New York, 1975. p. 10. Disponível em: <https://bit.ly/3Aki1lp>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **The right to self-determination implementation of united nations resolutions**. Study prepared by Hector Gros Espiell (Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities). E/CN.4/Sub.2/405/rev.1. New York: United Nations, 1980. Disponível em: <https://bit.ly/3a0zIRT>. Acesso em: 1º abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Implications, under international law, of the United Nations resolutions on permanent sovereignty over natural resources, on the occupied Palestinian and other Arab territories and on the obligations of Israel concerning its conduct in these territories: report of the Secretary-General**. Report of the Economic and Social Council. A/38/265, New York: United Nations, 21 jun. 1983. New York: UN, 1983. Disponível em: <https://bit.ly/3bFLyMc>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Vienna **Convention for the Protection of the Ozone Layer**. Vienna, 22 March 1985. New York: United Nations Environment Programme, 1985. Disponível em: <https://bit.ly/3Ad2Hai>. Acesso em: 20 mar. 2022.

UNITED NATIONS. 41/128. Declaration on the Right to Development. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The General Assembl. A/RES/41/128. *In*: UNITED NATIONS. **Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 41st session, 16 September-19 December 1986**. New York: United Nations, 1987a. p. 186-187. Disponível em: <https://bit.ly/3OA7gQm>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer**. Montreal, 16 September 1987b. New York: UM, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3yzk7wD>. Acesso em: 20 mar. 2022

UNITED NATIONS. General Assembly. **Rio Declaration on Environment and Development**. Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992. New York: Unga, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3a0hAIK>. Acesso em: 5 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa**. Paris, 14 October 1994. New York: UN, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3OSLabt>. Acesso em: 20 mar. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 58/229**. Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources. A/RES/58/229, 23

dez. 2003. New York, UN, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3NyPr2T>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources**: final report of the Special Rapporteur, Erica-Irene A. Daes: addendum. Fifty-sixth session, Geneva: United Nations, 12 jul. 2004. New York: UN, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3xY2q8o>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)**. Adopted by the General Assembly on Thursday, 13 September 2007. A/RES/61/295. New York: UN, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3bIG6s5>. Acesso em: 5 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Annual report of the United Nations High Commissioner for human rights and reports of the office of the High Commissioner and the Secretary-General**. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights. New York: Unga, 15 jan. 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3I4PqCH>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Outcome document of the Durban Review Conference**. The Durban Review Conference took place between 20 and 24 April 2009 in Geneva, Switzerland. 2009. [S. l.: s. n.], 2009b. Disponível em: <https://bit.ly/3y2F1Tn>. Acesso em: 5 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **United Nations Charter, Chapter XVI: Miscellaneous Provisions**. UN, New York, [201-?]. Disponível em: <https://bit.ly/3ybhn4>. Acesso em: 20 mar. 2020.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **Resolution 19/10 Human rights and the environment**. Resolution adopted by the Human Rights Council on its nineteenth session (A/HRC/19/2). Adopted 22 mar. 2012. New York: Unga, 2012a. Disponível em: <https://bit.ly/3ueh7TI>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 66/288**. The future we want. Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012. A/RES/66/288. 27 jul. 2012. New York: Unga, 2012b. Disponível em: <https://bit.ly/3ywV0dL>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 70/1**. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. A/RES/70/1. 25 set. 2015. New York: Unga, 2015a. Disponível em: <https://bit.ly/3nuasky>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. CLIMATE CHANGES. **The Paris Agreement**. Paris: United Nations, 15 dez. 2015b. Disponível em: <https://bit.ly/3AhHfRs>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. **Understanding Human Rights and Climate Change**. Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change. New York: UN, [2015]. Disponível em: <https://bit.ly/3yG9VTb>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment**, A/HRC/31/52, Human Rights Council, Thirty-first session, 2016. New York: Unga, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Akf5oT>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.** A/73/188. 19 jul. 2018. New York: Unga, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NvYGRm>. Acesso em: 4 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/76/225. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2021.** Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources. New York: Unga, 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/3a1ucsy>. Disponível em: 9 mar. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **Resolution 48/13.** The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021. A/HRC/RES/48/13. New York: Unga, 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3R1ZNV2>. Acesso em: 2 abr. 2022.

UNITED NATIONS. History of the United Nations. **UN**, New York, [2021?]. Disponível em: <https://bit.ly/3nrjPkP>. Acesso em: 4 mar. 2022.

UNITED NATIONS. About us. **United Nations**, New York, 2022. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us>. Acesso em: 6 maio 2022.

URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitória. *In*: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional.** Ijuí: Unijuí, 201. p. 127-150.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VATTEL, Emmerich de. **Les droit des gens ou principes de la loi naturelle.** Tradução de Joseph Chitty. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1883. Livro II.

VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de derecho internacional público.** 18. ed. Madrid: 2013.

VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. Paulus Vladimiri. *In*: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional.** Ijuí: Unijuí, 2014. p. 53-97.

VERDROSS, Alfred. **Die Quellen des universellen Volkerrechts.** Freiburg: Verlag Rombach, 1973.

VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on "The Law of Treaties". **American Journal of International Law**, [S. l.], v. 31, n. 4, p. 571-577, 1937. Disponível em: <https://bit.ly/3a7eEUi>. Acesso em: 31 mar. 2022.

VERDROSS, Alfred. *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law. **American Journal of International Law**, Washington D.C., v. 60, p. 59-60, 1966.

VITORIA, Francisco de. **Relecciones sobre os índios e sobre o poder civil.** Brasília: EdUnB, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3b18IHl>. Acesso em: 31 mar. 2022.

VOIGT, Christina. **Sustainable Development as a Principle of International Law: resolving conflicts between climate measures and WTO law.** Leiden: Brill, 2009.

VON DER HEYDTE, Friedrich August Freiherr. **Völkerrecht.** München: Verlag für Politik und Wirtschaft Köln, 1958. v. 1.

VON MEHREN, Robert B. International Arbitral Tribunal: Award on the Merits in Dispute Between Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic (Compensation For Nationalized Property). **International Legal Materials**, [S. l.], v. 17, v. 1, p. 1-37, 1978. Disponível em: <https://bit.ly/3ywUNaA>. Acesso em: 4 abr. 2022.

VOULGARIS, Nikolaos. International organisations as autonomous actors. *In*: D'ASPREMONT, Jean; DROUBI, Sufyan (ed.). **International organisations, non-state actors and the formation of customary international law.** Manchester: Manchester University Press, 2020. p. 21-41.

WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Recueil de cours, v. 237, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3bGWcSH>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WOLFF, Christian. **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum.** The Classics of International Law. Oxford: Oxford University Press, 1934.

WOLFRUM, Rüdiger. **Sources of International Law.** MPEPIL. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3I2pKGw>. Acesso em: 2 mar. 2022.

WOLFRUM, Rüdiger; MATZ, Nele. **Conflicts in international environmental law.** Heidelberg: Springer, 2010.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947).** Geneva: WTO, 1947. Disponível em: <https://bit.ly/3AzrFB1>. Acesso em: 20 mar. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS 61).** Geneva: WTO, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3QXVy3A>. Acesso em: 4 abr. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Report of the panel.** Geneva: WTO, 1998. Disponível em: <https://bit.ly/3yw1CZK>. Acesso em: 4 abr. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. **WTO**, Geneva, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3ueTv17>. Acesso em: 2 abr. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials.** 28 jan. Geneva: WTO, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/39ZOLG5>. Acesso em: 4 abr. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum**. 20 may 2015. Genebra: WTO, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3QXWcy2>. Acesso em: 4 abr. 2022.

YEE, Sienho. Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases. **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford, v. 7, n. 2, p. 472-498, jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3a7znHx>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ZADOROZHNA, Svitlana. Jus Gentium and the Primary Principles of International Law. **European Journal of Law and Public Administration**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 157-166, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NxxH5R>. Acesso em: 7 mar. 2022.

ZEFERINO, Alisson Guilherme. **Expropriação indireta e reserva de espaço regulatório na América Latina**: parâmetros de apreciação utilizados pelo International Centre for Settlement of Investment Disputes nas arbitragens investidor-Estado. 2020. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3R4bSQu>. Acesso em: 2 abr. 2022.