

ROGER DE LIMA LORENZONI

**O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ EM SEU PRISMA OBJETIVO
NO DIREITO INTERNACIONAL E SUA PERSPECTIVA DE
APLICAÇÃO NO MERCADO COMUM DO SUL**

Florianópolis
2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PROGRAMA DE MESTRADO
TURMA ESPECIAL - CONVÊNIO UFSC/URI

**O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ EM SEU PRISMA OBJETIVO
NO DIREITO INTERNACIONAL E SUA PERSPECTIVA DE
APLICAÇÃO NO MERCADO COMUM DO SUL**

ROGER DE LIMA LORENZONI

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

Orientador:

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

Florianópolis, 31 de julho de 2002

**O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ EM SEU PRISMA OBJETIVO
NO DIREITO INTERNACIONAL E SUA PERSPECTIVA DE
APLICAÇÃO NO MERCADO COMUM DO SUL**

ROGER DE LIMA LORENZONI

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada pelos membros da banca examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 31 de julho de 2002

BANCA EXAMINADORA:

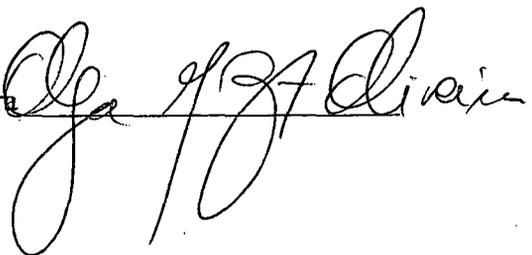
Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel (Orientador)

Prof. Dr. Fernando Kinoshita (UFSC)

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin (UNIJUI)

COORDENADORA DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO:

Profa. Dra. Olga Maria B. Aguiar de Oliveira



DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Sadi (*in memoriam*) pelo exemplo
que nunca se ausentou;

À minha mãe Ivany, pelo amor, apoio e incentivo;

À Tânia que entendeu nossa ausência por amor;

Aos familiares, pela compreensão;

Aos companheiros, pelos dias que não
caminhamos juntos;

A todos que entenderam a importância deste
esforço.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Dr. Luiz Otávio Pimentel, Dr. Gilmar Antonio Bedin, Msc. Francisca Khun, pela atenção e dedicação orientadoras, indispensáveis à elaboração do trabalho.

À Tânia e a Cleusa, pela correção.

Ao João Vergílio, Heidy, Rômulo, representando todos os amigos, pela colaboração.

Aos bibliotecários e assessores que nos indicaram caminhos.

À paciência dos que conviveram conosco.

Aos que compreenderam a nossa ausência.

RESUMO

O Direito Internacional assumiu fundamental relevância a partir da metade do século XX e, neste novo século, afirma-se como um dos ramos da ciência jurídica de maior necessidade para a compreensão da realidade em que vivemos. O incremento das relações internacionais trouxe consigo a necessidade de se conhecer melhor e ampliar a aplicação de alguns consagrados institutos jurídicos. Neste sentido, o trabalho sobre O Princípio geral da boa-fé em seu prima objetivo no Direito Internacional e sua perspectiva de aplicação no Mercado Comum do Sul visa esclarecer o conceito, a função e de que formas esse princípio se manifesta no Direito Internacional. A teoria principal que o trabalho conceitualiza é a boa-fé enquanto princípio jurídico, fonte autônoma de Direito Internacional, principalmente em seu sentido objetivo, cujo conceito é aberto e que definido pelo juiz ou intérprete a cada caso concreto. Para aplicar o princípio é necessário um método interpretativo e integrativo que ultrapasse os limites da subsunção/concreção que, rompendo com o positivismo jurídico, exige do jurista uma readequação de sua base doutrinária e ideológica que o obrigue a atingir as finalidades político-jurídicas pré-estabelecidas nos princípios, quando do julgamento de um caso concreto. A relevância acadêmica do assunto está no fato de que a conceituação e análise profunda e sistemática do instituto da boa-fé, embora seja um princípio de natureza costumeira e esteja presente em inúmeros tratados internacionais, é ignorado na maioria das atuais obras de Direito Internacional. Portanto, é um assunto que impulsiona o entendimento dos limites e funções da ciência jurídica e do jurista, colaborando com decisivo crescimento da sociedade internacional pela via do Direito.

RESUMÉN

El Derecho Internacional cobra fundamental relevancia a mediados del siglo XX, Es cuando comienza ha desarrollarse y afirmarse como una de las ramas de la ciencia jurídica necesarios para la comprensión de la realidad dónde vivimos. El incremento de las relaciones internacionales trajo consigo la necesidad de conocer mejor algunos reconocidos institutos jurídicos que necesitaban además ser estudiados, comprendidos y aplicados por aquellos que los desconocen para la fecha. En este sentido, la investigación aclara la conceptualización, función y las formas de manifestación dei principio de la buena fe en el Derecho Internacional. El objetivo principal que se persigue con este trabajo es abordar la buena fe en un sentido objetivo, como principio jurídico y fuente autónoma del Derecho Internacional. Bajo un concepto abierto que será construido por el juez o interprete en cada caso concreto. Para la aplicación del principio es necesario un método interpretativo y integrativo que ultrapase los límites de la subsunción/concreción, rompiendo con el positivismo jurídico; exigiendo del jurista una readaptación de su base doctrinaria ideológica comprometiéndole a tomar en cuenta las finalidades político-jurídicas establecidas, en la solución de un caso concreto. La relevancia académica del tema se debe al hecho que aún cuando sea un principio de naturaleza practica, se encuentra presente en muchísimos tratados internacionales, no encontrando en la mayoría de las obras del Derecho Internacional estudiadas, la conceptualización y analice profundo de la sistemática del instituto de la Buena Fe. Por lo que, trataremos de investigar sobre el tema de manera tal, que permita avanzar en el entendimiento de los límites y funciones de la ciencia jurídica y del jurista, colaborando así con la permanente construcción de la sociedad internacional por la via del derecho.

LISTA DE ABREVIATURAS

AACIM nº 3/98 -	Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul
AACIM nº 4/98 -	Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul e a República da Bolívia e do Chile MERCOSUL/CMC/DEC
CIJ	- Corte de Justiça Internacional
CPJI	- Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia de 1919
CVDT	- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DAI	- Divisão de Atos Internacionais
ECPJI	- Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional
GATT	- Acordo Geral de Tarifas e Comércio
MERCOSUL	- Mercado Comum do Sul
OEA	- Organização dos Estados Americanos
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
OMC	- Organização Mundial do Comércio
ONU	- Organização das Nações Unidas
OTAN	- Organização do Tratado do Atlântico Norte
TA	- Tratado de Assunção
TJCE	- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
UNESCO	- Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Tecnologia.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
RESUMÉN	7
LISTA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E SUAS FORMAS DE EXPRESSÃO	15
1 A FORMA CONVENCIONAL DE EXPRESSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	16
1.1 O tratamento do fenômeno convencional.....	16
1.2 Terminologia.....	17
1.3 A Processualística da Celebração do Tratado no Brasil.....	26
1.4 Observância, Aplicação e Interpretação dos Tratados	27
1.5 Cessação da vigência dos tratados	32
1.6 A Cláusula rebus sic stantibus e alteração fundamental das circunstâncias.....	32
2 A FORMA EXTRA CONVENCIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL 34	
2.1 O Costume Internacional	34
2.2 Decisões das Organizações Internacionais	37
2.3 Os atos unilaterais	38
2.4 Os Princípios Gerais do Direito	38
2.5 Os Princípios constitucionais que regem o Brasil em suas relações internacionais	44
2.6 Tratados que estabelecem princípios próprios da Ordem Jurídica Internacional	44
3 MEIOS AUXILIARES PARA A DETERMINAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO.....	54
3.1 As Decisões Judiciárias	55
3.2 Doutrina.....	56
3.3 A Analogia.....	57
3.4 A Equidade	57
CAPÍTULO II - O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO DO MERCADO COMUM.....	58
4 O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO DIREITO INTERNACIONAL	58
4.1 O Princípio Geral da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Internacional	58

4.2 A Distinção entre o Princípio Geral da Boa-Fé Objetivo e a Boa-Fé Subjetiva..	63
4.3 As funções do princípio da boa-fé	75
5 A PERSPECTIVA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO MERCADO COMUM DO SUL	85
5.1 A forma de expressão do Direito do Mercosul	85
5.2 A importância do princípio geral de Direito Internacional da boa-fé objetivo....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

INTRODUÇÃO

Cada momento histórico possui suas características próprias e é marcado por acontecimentos até então impensáveis.

A história do Direito Internacional moderno, fundado por Francisco de Vitória (1480-1546), Alberico Gentili (1552-1608), Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Ricardo Zouch (1590-1660), Samuel Pufendorf (1632-1694) não foge à regra e conquistou, na atualidade, uma importância que parecia impensável antes da Segunda Guerra Mundial. Apesar do incremento das relações internacionais que provocou uma grande produção de estudos e análises de doutrinadores internacionalistas, há institutos jurídicos que não foram aprofundados.

As relações materiais de força e poder se alteram constantemente entre as nações e, nesse processo, a ciência jurídica é atingida em seus conceitos. Há alteração de paradigmas, que podem ser considerados um avanço e até contribuir para um melhor desenvolvimento das relações jurídico-políticas entre os países.

Um desses conceitos é o princípio geral da boa-fé no Direito Internacional que esta dissertação vai estudar do ponto de vista objetivo, visando sua aplicação no Mercado Comum do Sul. Trata-se de observar se é necessário utilizar um princípio do Direito Internacional que permita interpretações múltiplas e discutir a utilização da boa-fé como cláusula isolada do Direito, como um dos princípios gerais a serem considerados, sem esquecer de atribuir a cada um seu justo valor quando examinado cada caso concreto.

O tema será tratado de maneira inédita sem descartar as teorias tradicionais, numa análise que considera um amplo ordenamento jurídico, composto por múltiplos microssistemas. O método interpretativo vai além da subsunção/concreção e trabalha inspirado na teoria pós-positivista, designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. Pretende-se superar o conhecimento convencional reconhecendo o ordenamento positivo, embora acrescentando-lhe as idéias de justiça e legitimidade.

O objetivo maior deste trabalho é chamar a atenção para este aspecto do conhecimento jurídico. Uma forma de contribuição seria a utilização de institutos jurídicos que possam servir como medidas integracionistas na busca de soluções de

controvérsias. Na impossibilidade de viabilizar essa prática espera-se desenvolver pensamento crítico sobre o instituto em pauta, com resultados que possam repercutir no âmbito acadêmico e na sociedade civil.

A pesquisa desenvolve-se durante um período de intensa mutação da sociedade e do Direito. Para encontrar soluções tentar-se-á resolver as seguintes questões:

1. Que valor é atribuído ao princípio geral da boa-fé no ordenamento jurídico internacional?
2. Quais são suas principais funções? Que utilidade teria na interpretação e integração dos Tratados? Possui o princípio geral da boa-fé um conceito aberto, cujo conteúdo será composto caso a caso, conforme as exigências concretas, nos mesmos moldes da doutrina civilista?
3. Que aspecto do princípio da boa-fé é contemplado no ordenamento jurídico internacional objetivo ou subjetivo, ou em ambos?
4. Qual a influência dos princípios gerais, especialmente o da boa-fé, no estabelecimento das relações, na resolução dos conflitos e controvérsias em nível internacional, especialmente no Mercosul, incluindo os mecanismo da arbitragem?

O princípio da boa-fé, via de regra, é insuficientemente estudado no Direito Internacional, razão pela qual optamos por esse tema, enquanto princípio jurídico, considerando que a formação tradicional do jurista positivista não admite os princípios como fonte autônoma de direito. A nova hermenêutica que privilegia os princípios só mereceu discussão na literatura jurídica das últimas quatro décadas.

As fontes jurídicas primárias desse trabalho foram a Convenção de Haia, de 1907; a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969; a Declaração Relativa aos Princípios de Direito Internacional regendo as relações amistosas e cooperação entre os Estados, conforme a Carta da Organização das Nações Unidas, de 1970; e as decisões do Tribunal Arbitral do Mercosul abaixo descrita. Buscou-se os fundamentos da pesquisa no Costume, nos Princípios Gerais de Direito, nos Atos Unilaterais, na Jurisprudência, na Doutrina, na Analogia e na Equidade.

Através do método dedutivo, foram analisadas as formas de expressão do Direito Internacional e o tratamento dado ao princípio da boa-fé; a história ajudou a estabelecer as concepções filosófico-jurídicas da boa-fé no Direito Internacional no

decorrer dos tempos; o método de análise e síntese facilitou os estudos dos elementos que intervêm no desenvolvimento da compreensão do conteúdo da boa-fé; houve limitações de caráter bibliográfico, tendo em vista a reduzida produção científica sobre o tema, principalmente na área do Direito Internacional brasileiro.

O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro trata do Direito Internacional e suas formas de expressão. Privilegiando o aspecto convencional, analisa a teoria dos tratados e as formas extraconvencionais dando prevalência aos princípios gerais do Direito dos quais destaca os fundamentos filosóficos uma vez constatada a presença de valores que os fundamentam e devem regê-los positivados nos textos jurídicos no decorrer das lutas e reivindicações de povos e nações em busca do reconhecimento da sociedade internacional e do estabelecimento de relações econômicas em bases mais igualitárias.

O segundo capítulo trata, especificamente, do princípio da boa-fé no Direito Internacional, a boa-fé sendo considerada enquanto elemento do ordenamento jurídico internacional. Procura-se estabelecer sua conceituação, a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva como princípio e cláusula geral, suas funções de criação de deveres secundários e imposição de limites ao exercício de posições jurídicas, e, ainda, o método de aplicação e integração das normas segundo a boa-fé.

O terceiro capítulo dá destaque à consolidação da boa-fé no Mercado Comum do Sul. Verifica-se a extensão do conteúdo, amplitude e função do referido princípio, incluindo-se o estudo sobre as causas e efeitos de ele ser conhecido e aplicado além de seu embasamento nas teorias jurídicas contemporâneas. Quando analisa-se o laudo arbitral sobre a controvérsia em torno dos Comunicados nº. 37, de 17 de dezembro de 1997, e nº 7, de 20 de fevereiro de 1998, do Departamento de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco. Analisa-se, igualmente, o instrumento de Esclarecimento sobre o Laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, constituído para decidir a reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina sobre a aplicação de medidas de salvaguarda a produtos têxteis - Resolução nº 861/99 de MEyOSP. Estuda-se também a previsão da boa-fé no Acordo sobre Arbitragem Comercial do MERCOSUL/CMC (AACIM) nº 3/98 e o Acordo sobre Arbitragem Comercial do Mercosul entre a República da Bolívia e a República do Chile, MERCOSUL/CMC nº 4/98.

A significação prática do trabalho é proporcionar aos estudantes e juristas um

maior conhecimento sobre um instituto jurídico (muito estudado e aplicado em outros países), que permite resolver conflitos, baseados em conceitos que serão formulados no momento de resolução do caso. Pode visar a finalidades político-jurídicas previamente estabelecidas em âmbito convencional ou extraconvencional, fundamentado em uma técnica de interpretação mais atual e consentânea nos dias de hoje, respondendo às necessidades imprevisíveis que pareciam não encontrar respostas nos mecanismos tradicionais do direito.

Os conceitos operacionais mais importantes usados na dissertação são os seguintes:

Princípio da boa-fé objetiva, é um princípio geral do Direito, um modelo de conduta, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade. Tem vínculo com o domínio jurisprudencial: seu conteúdo não adviria da lei, mas de sua aplicação no caso concreto.

Tratado, designa, genericamente, um acordo internacional, qualquer que seja sua denominação específica.

Princípios Gerais de Direito, são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua interpretação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Eles contemplam tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto sua atualização prática.

O aporte gerado pela pesquisa pode gerar o conhecimento de um mecanismo que possibilite aumentar seu grau de eficiência para influenciar, através do Direito, nos canais de informação, comunicação, negociação, políticos e nas soluções de controvérsias entre os Estados ou particulares. Pretende, também, reforçar o papel político-jurídico, ativo e comprometido, do operador jurídico com a cidadania, através de uma nova teoria das normas.

CAPÍTULO I

O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E SUAS FORMAS DE EXPRESSÃO

Direito Internacional é aquele aplicável à sociedade internacional¹, conceito que implica o reconhecimento da existência de uma sociedade internacional² distinta da sociedade nacional, interna, ou estatal, e confirma o vínculo sociológico entre direito e sociedade.

A denominação permanece sólida. Devido às profundas transformações na sociedade internacional, porém já deve ser entendido como um direito que não é exclusivamente interestatal, visto que tanto indivíduos quanto organizações podem ser reconhecidas como personalidade jurídica internacional.³

O Direito Internacional pode manifestar-se nas formas convencional e extraconvencional⁴, que serão definidas no decorrer deste capítulo. As fontes são formais⁵ elas contêm as normas.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁶, em seu artigo 38, dispõe sobre as convenções, o costume, os princípios gerais do Direito, as decisões judiciais e a

¹ DINH, Ngyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 4. ed. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian. 1992, p.29.

² “Aqui se adota o conceito de sociedade internacional contemporânea, com o reconhecimento (além do Estado), de novos atores exercendo um papel fundamental, tornando as relações mais complexas, interdependentes e policêntricas”. BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem justa e solidária*. Ijuí: Unijui, 2001. p.270.

³ DINH; DAILLIER ; PELLET, op. cit., 1992, p.30, reconhecem o papel primordial dos Estados e a influência determinante que exerce a função da soberania .

⁴ REZEK, J. Francisco. *Curso elementar de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.11.

⁵ DINH; DAILLIER ; PELLET, op.cit., 1992, p.101, dizem que “as fontes formais do direito são os processos de elaboração do direito, as diversas técnicas que autorizam a considerar que uma regra pertence ao direito positivo”. Incluem-se, neste conceito, além das regras, os princípios.

⁶ AZEVEDO, Ivo Sefton. *Direito internacional público*. Porto Alegre: Acadêmica, 1982. p.22. Determina o art.38 do Estatuto da Corte, que esta aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabelecem 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 a ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos especialistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de Direito; e) a presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

doutrina. Serão considerados, também, as decisões das organizações internacionais, os atos unilaterais, e os meios tidos como auxiliares para a determinação das regras de direito.⁷

1 A FORMA CONVENCIONAL DE EXPRESSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

O estudo sistematizado e o produto de regulamentação da forma do Direito Internacional é um fenômeno recente e data do século XX. Mesmo que permaneça o substrato costumeiro, baseado no *pacta sun servanda* e no princípio da boa-fé⁸, os tratados, na prática, são a fonte de maior significado e relevância nos dias de hoje.⁹

1.1 O tratamento do fenômeno convencional

A CVDT¹⁰ definiu tratado internacional como sendo um acordo formal concluído entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2, “a”).

Rezek chama de tratado o acordo formal destinado a produzir efeitos jurídicos¹¹ concluído entre sujeitos de Direito Internacional; é detentor de conteúdo variável e dá cobertura legal à sua própria substância.¹²

Tratado, de acordo com o número de partes, é um ato bilateral, plurilateral ou multilateral¹³ ao qual se deseja atribuir especial relevância jurídica. Nessa categoria,

⁷ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p.151.

⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 31.

⁹ PEREIRA ; QUADROS, op. cit., 1997, p.167.

¹⁰ Art. 2, 1.a) “tratado” significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular. A Convenção de Viena foi aberta para assinatura em 23 de maio de 1969; entrou em vigor no dia 27 de janeiro de 1980. De acordo com o art. 84 “1 [...] entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão”.

¹¹ REZEK, op. cit., 1998, p.14.

¹² Idem, ibid.

¹³ DINI, DAILLIER ; PELLET, op. cit., 1992, p. 112. A distinção principal, plenamente operatória, é a que existe entre tratados bilaterais e multilaterais. Certos autores consideram que, entre estas duas categorias, existe uma categoria intermédia, constituída por tratados plurilaterais que designariam os tratados em que o número de partes, superior a dois, é limitado, enquanto, em princípio, os tratados multilaterais são suscetíveis de virem a ser tratados universais.

destacam-se, por exemplo, os tratados de paz e amizade ou tratados de amizade e cooperação.

1.2 Terminologia

A denominação dada aos atos internacionais é variada, tendo havido considerável evolução através dos tempos. O nome escolhido não influencia o caráter do instrumento, embora seja possível estabelecer certa distinção, na prática diplomática brasileira, que é decorrência do conteúdo e não da forma do ato. Neste sentido, pode-se dizer que, qualquer que seja a sua denominação, o ato internacional deve ser formal, com teor definido, por escrito, regido segundo o Direito Internacional, cujas partes são necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público.

Uma carta, por exemplo, segundo Celso D. A. de Mello é o documento que estabelece direitos e deveres. Tem caráter solene e é utilizado para atos constitutivos das organizações internacionais¹⁴, como a Organização das Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos¹⁵.

Ato é o que estabelece regras de direito, caracterizado por produzir efeitos obrigatórios, como, por exemplo, o Ato Geral de Berlim de 1885. Ressalta-se que podem haver Atos entre Estados que não produzam efeito jurídicos obrigatórios, mas têm caráter político ou moral, embora não sejam tratados, como a Ata de Helsinki de 1975. Para este segundo caso, o direito brasileiro usa a palavra “Ata” e não “ato”. A palavra “Act”, em inglês, traduz ambas as situações.¹⁶

Acordos que criam princípios jurídicos ou “afirmam uma atitude política comum resultam numa declaração (ex.: Declaração de Paris de 1856)”.¹⁷

Protocolo é um termo que tem sido usado nas mais diversas acepções, tanto para acordos bilaterais ou plurilaterais quanto para multilaterais. Designa acordos formais, de hierarquia inferior aos tratados, ou complementares de mesmo grau hierárquico ou interpretativo de tratados ou convenções anteriores. Seria usado, no

¹⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 192.

¹⁵ Sobre a matéria, ver ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.24.

¹⁶ Id. *Ibid*, p. 192.

¹⁷ Id. *Ibid*.

presente trabalho, na acepção de protocolo-acordo. O protocolo de uma conferência é a sua ata.¹⁸

Os Estados partes do Mercosul utilizaram a terminologia para denominar os acordos que deram continuidade ao seu tratado constitutivo, originariamente Tratado de Assunção. Há outros exemplos: os Protocolos para a Solução de Controvérsias (Protocolo de Brasília); de Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas); de Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires); sobre Medidas Cautelares; adicional sobre a Estrutura Institucional do Mercosul (Protocolo de Ouro Preto); entre outros.¹⁹

Convenção, normalmente, é um termo utilizado para atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais. Ela versa sobre assunto de interesse geral ou cria normas gerais, por exemplo, a Convenção sobre o Mar Territorial²⁰, as Convenções de Viena sobre relações diplomáticas, relações consulares e direito dos tratados.

O Pacto é um tratado solene, que designa os atos bilaterais ou multilaterais com reduzido número de participantes, de natureza política, econômica, comercial, cultural, científica ou técnica. Pode estabelecer direitos (Ex.: Pacto de San José da Costa Rica) ou criar organizações internacionais (ex.: Pacto da Liga das Nações 1919). Foi utilizado pela primeira vez nesta acepção²¹, quando fez parte integrante do Tratado de Versailles.

Estatuto são tratados que geralmente estabelecem normas para os tribunais internacionais (Ex.: Estatuto da CIJ).²²

O acordo é geralmente um tratado de cunho econômico, financeiro, comercial, ou cultural.²³

O Acordo por Troca de Notas é um processo alternativo de negociação e conclusão de tratados. A expressão Troca de Notas pode significar intercâmbio de notas escritas - ora assinadas, ora providas apenas do selo ou carimbo próprios -, sem

¹⁸ Id. Ibid.

¹⁹ MERCOSUL, Acordos e Protocolos na Área Jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Série Integração Latino-americana.

²⁰ MELLO, op. cit., 1997, p.191.

²¹ Id. Ibid, p. 191.

²² Côte Internacional de Justiça. Id. Ibid., p. 192.

²³ Id. Ibid.

que se caracterize direito convencional.²⁴

O Ajuste ou Acordo Complementar é o ato que dá execução a outro, anterior, devidamente concluído. Em geral, vêm em apêndice a um acordo-quadro ou acordo-básico (Ex.: Acordo Básico de Cooperação Técnica entre o Brasil e a Alemanha de 30/11/1963).²⁵

O Memorando de Entendimento tem sido utilizado para atos de prática bastante simplificada, destinado a registrar princípios gerais que orientarão as relações entre as partes nos planos político, econômico, cultural ou outros.²⁶

A Concordata é o termo que possui, no direito dos tratados, significação singular: é estritamente reservado ao tratado bilateral sobre assuntos religiosos em que uma das partes é a Santa Sé. Trata de matérias comuns à Igreja e ao Estado.²⁷

Modus Vivendi é um acordo temporário (*modus vivendi* de 1936 sobre a navegação do Reno).²⁸

Acordos em Forma simplificada são os tratados Internacionais concluídos pelo Poder Executivo de um país, sem que tenham sido submetidos ao Poder Legislativo para aprovação.²⁹

Compromisso é um tratado sob litígio que será submetido à arbitragem internacional.³⁰

Os *gentlemen's agreements* (acordos entre cavalheiros) têm por finalidade fixar um programa de ação política para os envolvidos. É um compromisso ético ou moral, não jurídico.³¹

O *pactum de contrahendo*, que seria um acordo prévio definido pelo Estado com o compromisso de concluir um acordo final sobre determinada matéria, é um tratado preliminar. O *pactum de negotiando* seria a obrigação de iniciar negociações de boa-fé com a finalidade de concluir um tratado (McNair).³²

A designação que se dá é importante, mas o essencial é obedecer às exigências formais.

²⁴ REZEK, op. cit., 1998, p.24.

²⁵ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p.28.

²⁶ Id. Ibid., p.435.

²⁷ Id. Ibid., p.192.

²⁸ MELLO, op. cit., 1997, p. 192.

²⁹ Id. Ibid., p. 192

³⁰ Id. Ibid.

³¹ Id. Ibid., p. 193.

³² McNair apud MELLO, Id. Ibid., p. 193.

1.2.1 A Natureza das Normas dos Tratados

Para se distinguir em sua natureza jurídica, as normas dos tratados, do ponto de vista da uma classificação no sentido material, fala-se de tratados-lei e tratados-contrato.³³

As normas jurídicas contidas nos tratados podem ser princípios ou regras. Para Alexy³⁴ “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa; as regras, também normas, têm grau relativamente baixo de generalidade”.

Rezek distingue entre tratados de natureza contratual e normativos³⁵ e lembra que Rousseau designa os tratados-contrato como sendo aqueles em que as partes realizam uma operação jurídica - tais como os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial; através dos tratados-leis, as partes editam uma regra de direito objetivamente válida³⁶. A esta última espécie pertenceriam as grandes convenções, como as de Haia e Genebra, sobre o Direito da Guerra e os tratados em que as partes propõem o estabelecimento de algumas regras uniformes de conduta.³⁷

Fausto de Quadros afirma ser tratado-constituição³⁸ uma modalidade o que equivale a dizer que a lei por ele criada é mais geral e apresenta um caráter mais fundamental³⁹. Neste entendimento, o tratado-constituição seria repositório de normas que encerram princípios fundamentais sobre os quais se ergue a ordem jurídica internacional em seu conjunto, ou determinado espaço dessa ordem jurídica. É um conceito muito importante para esta pesquisa, pois a mutação da sociedade gerou rápidas transformações relativas ao Direito Internacional como ao Direito Constitucional dos Estados. Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) foi considerada um marco dos direitos classificados como de quarta geração: de solidariedade, que incluem os direitos do homem - o gênero humano - em âmbito internacional, um exemplo de direitos sobre o Estado.⁴⁰

³³ DINH, DAILLIER ; PELLET, op.cit., 1992, p.111.

³⁴ ALEXY apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 249.

³⁵ REZEK, op. cit., 1998, p.29.

³⁶ Id. Ibid., p. 29.

³⁷ Id. Ibid., p. 30.

³⁸ QUADROS, Fausto. *Direito das comunidades européias e direito internacional público - contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu*. Lisboa: Almedina, 1991, p.184.

³⁹ Id. Ibid., p. 184.

⁴⁰ BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis

O fato de o tratado-constituição disciplinar situações que são comuns aos povos em geral, ao conjunto da sociedade internacional, englobando inclusive as normas convencionais, Fausto de Quadros afirma a lógica de o Pacto da SDN, ontem, e a Carta da ONU, hoje, terem sido os exemplos mais citados de tratados-constituições⁴¹:

Note-se que esta idéia não é nova: ela encontraria praticamente a sua primeira formulação em *Santi Romano*, no início deste século; pouco depois obteria tratamento científico apurado numa das melhores obras de *Verdross*, através do conceito de Constituição da Comunidade Internacional, conceito este que viria a influenciar em muito a doutrina alemã de Direito Público; seria logo desenvolvida por Scelle por forma a permitir-lhe falar num Direito Constitucional Internacional; e, na esteira desse autor francês, e incentivada sobretudo pelos estudos doutrinários publicados acerca do Pacto da SDN e da Carta da ONU, daria lugar a uma disciplina que se tem vindo a desenvolver nos últimos tempos, sobretudo na Espanha, exatamente sob a designação de Direito Constitucional Internacional.⁴²

Para esta pesquisa, portanto, é fundamental situar o tratado no contexto internacional da segunda metade do século passado, dando a devida à terminologia conceitual de tratado-constituição e dele extraíndo todos os efeitos jurídicos que produz, considerando que são,

[...] hoje, princípios constitucionais do Direito Constitucional Internacional, entre outros, os princípios que afirmam a igualdade e a independência dos sujeitos de Direito Internacional, os constantes dos tratados que visam preservar a paz a prevenir a guerra, promover as melhorias das condições econômicas e sociais dos povos, etc.⁴³

Reveste-se de importância o tratado situado no Direito Internacional, cujas doutrinas potencializam o seu caráter generalizador, além do aspecto inter-estatal, num sistema jurídico-político internacional alicerçado nas relações entre Estado/povo e não apenas nas relações horizontais entre Estados, segundo as palavras de Genacéia Alberton⁴⁴.

1.2.2 Estrutura do Tratado

Os tratados, os acordos e os ajustes complementares obedecem,

desdobramentos. In: OLIVEIRA, Odete Maria (Coord.). *Relações internacionais & globalização*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 1999, p.133. Nesta obra (p.130), o autor classifica direitos de primeira geração (direitos civis); direitos de segunda geração (direitos políticos); direitos de terceira geração (direitos econômicos e sociais); direitos de quarta geração (direitos de solidariedade).

⁴¹ QUADROS, op. cit., p. 185.

⁴² Id. Ibid., p. 185.

⁴³ Id. Ibid., p. 185.

⁴⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. Tribunalização e jurisprudencialização no Estado contemporâneo: perspectiva para o Mercosul. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 800, p. 18, jun. 2002.

tradicionalmente, a um mesmo padrão:

- a) Título: indica o tema do acordo.
- b) Preâmbulo: de que constam as partes contratantes, ou seja, governos ou organizações internacionais.
- c) Consideranda: contém a motivação que leva à celebração do tratado. Em se tratando de acordo complementar, o acordo básico deve ser aqui mencionado.
- d) Articulado: indica o fulcro do tratado, as disposições em artigos numerados.
- e) Fecho: registra o lugar e a data da celebração do ato, a língua em que foi redigido e o número de exemplares originais.
- f) Assinatura: do presidente da República, do Ministro de Estado das Relações Exteriores ou outra autoridade, desde que munida de plenos poderes específicos.
- g) Selo de lacre com as armas das partes contratantes.⁴⁵

Celso D. de Albuquerque Mello consider, num tratado, o preâmbulo e a parte dispositiva.⁴⁶

Rezek, por outro lado, estima que o texto convencional acabado ostenta um preâmbulo seguido da parte dispositiva⁴⁷. Eventualmente este texto é complementado por anexos. São conceitos muito próximos que se contrapõem, ambos às orientações dos documentos do Ministério das Relações Exteriores.

1.2.3 Produção do texto convencional

A legitimidade negocial é condição *sine qua non* para se produzir um texto de tratado.

Todo Estado soberano tem legitimidade para negociar e firmar um texto convencional, isto é, capacidade jurídica para celebrar tratados, através de seus representantes. A mesma aptidão costumam ter as organizações internacionais⁴⁸. Diz Celso D. de Albuquerque de Mello que esta capacidade pode ser estendida às pessoas jurídicas de Direito Internacional: à soberana Ordem de Malta; ao Comitê

⁴⁵ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *O que são tratados internacionais?* Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/leis_codigos/index_inter.htm> Acesso em: 22 ago. 2002.

⁴⁶ MELLO, op.cit., 1997, p. 202.

⁴⁷ REZEK, op. cit., 1998, p.47.

⁴⁸ REZEK, op. cit., 1998, p.36.

Internacional da Cruz Vermelha; aos territórios internacionalizados; às sociedades comerciais, para a Santa Sé; às nações beligerantes, em caso de revoltas que caracterizem estado de insurgência; aos territórios sob mandato e tutela internacionais⁴⁹. Todos sujeitos de direitos e deveres internacionais⁵⁰. A teoria do reconhecimento da capacidade das partes contratantes, no entanto, está vinculada ao oportunismo político.⁵¹

São considerados representantes de uma Nação os chefes de Estado e de governo e os ministros das Relações Exteriores, conforme o art. 7º, 2, “a, b, c”, da CVDT e Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros⁵² especifica que os países não celebram tratados através da pessoa física do presidente ou do chefe do executivo, mas sim através de um representante com amplos poderes.

De qualquer modo, afirma Celso D. de Albuquerque de Mello, "a negociação deve ser feita com boa-fé, e neste caso, segundo E. Zoller, isto significa ausência de fraude, não induzir a erro e não mentir".⁵³

Os chefes de Estado, em razão do cargo, têm legitimidade para celebrar tratados, idoneidade para negociar e firmar acordos e ainda para exprimir - de imediato, ou mediante ratificação ulterior - o consentimento estatal definitivo⁵⁴. Cada Estado possui uma Constituição ou legislação interna que disciplina esta questão em seu âmbito doméstico. Os ministros das Relações Exteriores, enquanto permanecerem no cargo, têm, presumidamente, esta qualidade, independente de prova documental.

Chefes da missão diplomática (embaixador) ou os encarregados de negócios não necessitam da apresentação da carta de plenos poderes, nos limites dos tratados entre o Estado Acreditante e o Estado Acreditado.

A negociação é a primeira fase da produção do texto convencional. As negociações poderão ser feitas pelos plenipotenciários, em geral servidores públicos, diplomatas ou pertencentes a alguma área específica ao conteúdo da negociação. Estes devem apresentar a carta de plenos poderes ou documento que comprove a indicação dos Estados interessados. Outras circunstâncias podem ratificar a intenção

⁴⁹ MELLO, op.cit., 1997, p.517. Também trata sobre o assunto na p.193.

⁵⁰ Id. Ibid., p. 525.

⁵¹ Id. Ibid., p. 194.

⁵² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.45 e sgs.

⁵³ MELLO, op. cit., 1997, p.204.

⁵⁴ REZEK, op. cit., 1998, p.36.

do Estado de considerar uma determinada pessoa como seu representante para aquele fim específico.⁵⁵

No Brasil, a participação nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais com governos e entidades estrangeiras, pelo Decreto nº. 3.959, de 10 de outubro de 2001, aprovada pela estrutura regimental do Ministério das Relações Exteriores, o texto final do ato internacional deve ser acompanhado pela Consultoria Jurídica. Embora a CVDT se abstenha de especificar esse costume, já que esta fase antecede a formalização da vontade em um instrumento, certamente é de extrema importância prática, porque nela aparece a capacidade de diálogo e a conformação de opiniões, persuasão, convencimento de acordo com o interesse que a matéria tem para o representante do Estado.

O objetivo maior da fase negocial é conseguir a concordância dos agentes plenipotenciários para o texto do tratado⁵⁶. É nesta fase que se fixa o seu conteúdo, que pode contemplar relativa ou plenamente as ambições dos negociadores.

Quando se trata de um acordo bilateral, ele é redigido nas línguas oficiais das partes contratantes. Para dirimir dúvidas faz-se uma terceira versão em inglês, francês, espanhol, chinês, russo ou árabe, o que melhor convier aos interessados.

Terminada a negociação de um ato bilateral, o projeto, por vezes rubricado pelos negociadores, vai à apreciação das autoridades competentes dos respectivos países. A minuta rubricada indica tão somente concordância preliminar.

A negociação de tratado multilateral no âmbito de uma organização internacional é realizada conforme os procedimentos vigentes, devendo a delegação brasileira observar as instruções específicas do Ministério das Relações Exteriores.⁵⁷

1.2.4 Expressão do Consentimento

A expressão do consentimento é o meio de manifestar a intenção de obedecer a um tratado. A Constituição Federal do Brasil estipula que é o presidente da República a pessoa competente para celebrar atos internacionais em nome do governo (art. 84, VIII). Ao Ministro de Estado das Relações Exteriores cabe “auxiliar

⁵⁵ Art. 7, alínea 1, “a,b”, da CVDT.

⁵⁶ PEREIRA ; QUADROS, op. cit., 1997, p.189.

⁵⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *O que são tratados internacionais?* Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/leis_codigos/index_inter.htm> Acesso em: 22 ago. 2002.

o presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais” (parágrafo único do art. 1º do Anexo I do Decreto nº 2.246, de 6 de junho de 1997).

É possível manifestar a vontade através da assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado, conforme estipula o art. 1, “a, b”, combinado com os arts. 11 e 14 da CVDT. A assinatura é uma fase necessária da processualística dos atos internacionais. Ela terá o efeito desejado pelas partes, bem como a ratificação.

O art.12 da Convenção deixa bem claro na alínea nº 1, “a, b, c”, os efeitos que a assinatura pode gerar. O Estado será considerado vinculado ao tratado: a) se no próprio texto assim constar, b) se por outros modos os Estados-partes admitiram que a assinatura possuía efeito, c) se a intenção do Estado em dar esse efeito à assinatura foi manifestada durante as negociações ou os representantes dos Estados possuírem plenos poderes. Já a ratificação é o ato jurídico individual e solene, o ato de governo, pelo qual o órgão competente do Estado reafirma a vontade de vincular-se ao tratado assinado pelo seu representante legítimo.

Ou seja: ao término da fase negocia, perante outras pessoas jurídicas, confirma seu compromisso de obrigar-se pelo pacto.⁵⁸

As negociações e relações exteriores, via de regra, são firmadas por órgãos executivos, cabendo-lhes a confirmação.

Para Rezek⁵⁹ a ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de Direito Internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.

Cabe a ordem interna de cada Estado designar os representantes competentes, tanto para firmar negociações quanto para ratificá-las, ato discricionário⁶⁰, de livre arbítrio de cada Estado soberano, ato irreatável que, após expresso o consentimento definitivo cobre até mesmo aquele tempo necessário à execução do tratado, que os demais participantes do vínculo também utilizaram para tomarem suas providências burocráticas e normativas a fim de viabilizar o texto.

⁵⁸ REZEK, op. cit., 1998, p. 52.

⁵⁹ Id. Ibid., p.53.

⁶⁰ MELLO, op. cit., 1997, p. 210.

O Estado que pretende desvincular-se deverá utilizar, a partir de então, do instrumento da denúncia, dentro das normas estabelecidas pelo próprio tratado. O princípio *pacta sunt servanda* opera a irretirabilidade das ratificações.⁶¹

1.2.5 Entrada em vigor dos tratados no Brasil

Todos os atos bilaterais, plurilaterais ou multilaterais estão sujeitos, por determinação constitucional, à aprovação do Congresso Nacional. O Ministro das Relações Exteriores faz a exposição de motivos ao presidente da República anexando uma mensagem ao Congresso, com cópias autênticas do original em português, no caso dos atos bilaterais, e com cópias autênticas traduzidas do texto, no caso dos atos multilaterais.

Cachapuz de Medeiros⁶² lembra que uma vez aprovado o ato internacional pelo congresso Nacional, deverá ser publicado no Diário Oficial da União, por Decreto do Presidente da República, acompanhado do texto do tratado e de todos os outros dados concernentes. Seguem-se a promulgação e a publicação que, de acordo com João Grandino Rodas, compõem a fase integratória da eficácia da lei.⁶³

A promulgação atesta a adoção da lei pelo Legislativo, certifica sua existência e seu texto e afirma, finalmente, seu valor imperativo e executório.⁶⁴ O Tratado de Assunção, por exemplo, foi promulgado pelo Decreto nº 350 publicado no Diário Oficial de 22/11/1991, depois de aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 197, de 25/9/91, publicado no Diário Oficial em 26/9/91.

1.3 A Processualística da Celebração do Tratado no Brasil

No Brasil são utilizados dois processos básicos para a celebração de tratados internacionais: o solene e completo e o simples ou abreviado.⁶⁵

O processo solene e completo pode transcorrer de duas formas: inicia-se com a negociação e a adoção do texto, prossegue com a avaliação interna de suas vantagens ou inconvenientes e, no caso de ser aprovado, ocorre a manifestação da

⁶¹ Id. Ibid., p. 57.

⁶² RODAS, apud MEDEIROS, op.cit., 1995, p.470.

⁶³ Apud Cachapuz de Medeiros. Ibid., p. 470.

⁶⁴ Id. Ibid., p.470.

⁶⁵ Cf. MEDEIROS, op. cit., 1995, p. 457.

vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado, o aperfeiçoamento jurídico-internacional dessa vontade e a incorporação do texto do tratado à ordem jurídica interna (negociação - assinatura - mensagem ao Congresso - aprovação parlamentar - ratificação - promulgação).

O poder Executivo, então, solicita ao Congresso autorização para aderir a um tratado. Concedida a autorização, o instrumento de adesão é remetido à autoridade depositária desse tratado, que leva ao conhecimento das partes a decisão do Brasil de também assumir-lhe as obrigações.

Tendo o ato de adesão entrado em vigor no plano internacional, o tratado é incorporado à ordem jurídica interna (mensagem ao Congresso - autorização parlamentar - adesão - promulgação).

O processo simples ou abreviado é o rito dos acordos realizado de forma simplificada, como o nome indica, compõem-se de negociação e assinatura (ou troca de notas diplomáticas) e culmina com a publicação.

1.4 Observância, Aplicação e Interpretação dos Tratados

A observância, aplicação e interpretação dos tratados é relevante, pois constitui-se no manancial teórico para analisar a conduta dos sujeitos de Direito Internacional, no tempo e no espaço.

1.4.1 Observância

Quanto mais as normas convencionais forem ambíguas, tanto mais difícil será delimitar a observância ou a execução de um tratado.⁶⁶

Desde a exposição de motivos da CVDT, têm-se em mente a observância dos Tratados. Nela fica estabelecido que os princípios do livre convencimento, da boa-fé, do *pacta sunt servanda* regem o Direito dos Tratados, os quais devem ser observados e executados de acordo com eles, mesmo em caso de obrigações dúbias ou imprecisas.

No texto da Convenção de Viena é estabelecido o *pacta sunt servanda* no art.

⁶⁶ DINH; DAILLIER ; PELLET, op. cit., 1992, p.101, alertam para a imprecisão de textos de tratados.

26, prescrevendo que “todo o tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”⁶⁷. É uma espécie de obrigatoriedade mútua, sem a qual não faria sentido convencionar tratados. Só excepcionalmente podem um Estado ou organização eximir-se desta obrigação, no que tange ao tratado em vigor, nunca ao período de negociação. As negociações, entretanto, e os atos que seguem imediatamente após a conclusão do texto, continuam sendo regidas pelo princípio da boa-fé.

1.4.2 Interpretação

Interpretar é extrair o significado de um texto.⁶⁸ A interpretação faz o caminho inverso do que é feito pelo legislador, ou seja, a partir do preceito abstrato procura-se chegar à concretizações do suporte fático, procurando extrair o significado exato da norma.⁶⁹

No âmbito de aplicação da norma a interpretação visa extrair o significado do preceito. Ou seja, quando se discute uma hipótese, busca-se conhecer o preceito que a regula. Sendo impossível um tratado prever todas as situações fáticas e jurídicas às quais deve ser aplicado, os juristas utilizam-se do mecanismo da interpretação para assegurar sua correta aplicação da maneira mais ampla.

A interpretação depende da escola de pensamento jurídico-filosófico internacional que o intérprete adota ou pela qual opta.⁷⁰ O positivismo, representado por Moser (1701-1785) e Georges Frédéric de Mateus (1756-1821) defende que “relativamente às fontes, o Direito Internacional é um direito derivado da vontade e do consentimento dos Estados soberanos; os tratados provêm de um consentimento expresso e os costumes de um consentimento tácito.”⁷¹

Além da concepção positivista, é preciso considerar que as possibilidades interpretativas no Direito variam de acordo com o grau de discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete e dependem da pluralidade de significado das palavras ou da ponderação de interesses à vista do caso concreto, quando existirem

⁶⁷ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 308.

⁶⁸ BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 57.

⁶⁹ Id. *Ibid.*, p. 61.

⁷⁰ DINH; DAILLIER ; PELLET, *op.cit.*, 1992, p.52.

⁷¹ Id. *Ibid.*, p.52.

normas contrapostas.⁷² Isto implica dizer que o Direito é um fenômeno resultante da vontade humana e de escolha dentre as possibilidades disponíveis.

Pereira e Quadros dizem que os métodos de interpretação dos tratados são o literal (que atende ao significado usual dos termos); o sistemático (que observa o contexto da norma interpretada); o teleológico (que dá relevância ao objeto do tratado ao considerar sobretudo os fins por ele visados); e o elemento histórico (que respeita o enquadramento histórico, mas que abrange, de modo especial, seus trabalhos preparatórios). Eles argumentam, quando propõem essa classificação, que os tribunais internacionais consideram a subsequente *prática* dos Estados e das Organizações Internacionais, “bem como a mudança das condições sociais que teve lugar desde a assinatura do tratado”.⁷³

É uma afirmação que oferece ao intérprete, além do elemento literal, os mecanismos necessários para moderar e atualizar a vontade das partes, razão pela qual é um âmbito de atuação mais significativo.

Já Cesário Gutiérrez Espada⁷⁴ considera três métodos de interpretação tradicionais: o objetivo, o subjetivo e o teleológico. O primeiro se baseia no próprio texto; o segundo busca entender a vontade das partes, e o terceiro é a atividade interpretativa que aspira alcançar o resultado em concordância com o objeto e a finalidade do que foi pactuado.

Destes métodos se depreendem outras quatro regras de interpretação: que esse processo 1) deve trazer efeito útil, prático; 2) não pode conduzir ao absurdo (o que completa a primeira idéia); 3) deve considerar os efeitos implícitos dos tratados, isto é, devem ficar claras as pretensões das partes, que foi expressamente estipulado e mais o necessário para a sua realização; 4) devem ser interpretados de forma harmônica com os fins que perseguem os tratados, como “corolário do princípio da boa-fé”. Essa quarta regra corresponde à interpretação teleológica dos tratados.⁷⁵

A CVDT em particular não estabeleceu um critério único de interpretação, embora tenha dado ênfase ao objetivo como base da norma geral mas todo um processo integrado por elementos diferentes.⁷⁶

⁷² BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre; Síntese, jul/set.2001, p. 47.

⁷³ PEREIRA ; QUADROS, op.cit., 1997, p. 242.

⁷⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesário. *Derecho internacional público*. Madrid: Trotta, 1995, p.448-449.

⁷⁵ PEREIRA ; QUADROS, op. cit., 1997, p. 241.

⁷⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., 1995, p. 448-449.

A regra geral de interpretação está explícita no art. 31, 1, segundo o qual “um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”, condição relevante, tomando-se inescusável a análise do texto do tratado. O critério objetivo, portanto, foi ressaltado no próprio dispositivo.⁷⁷

O critério teleológico está contemplado dentro da própria norma geral. A segunda parte do artigo 31.1 da CVD o confirma: “[...] à luz de seu objeto e finalidade”⁷⁸. Aqui fica clara a regra do efeito útil: o tratado deve ser interpretado no sentido de dotá-lo de efeitos práticos; a interpretação não pode conduzir ao absurdo, criar uma figura teratológica.

Surge também a idéia dos efeitos implícitos nos tratados: não só o que expressamente se estipulou foi desejado, mas ainda o indispensável para realizar a estipulação, isto é, chegar aos fins almejados. Há uma conjunção entre o critério objetivo e o teleológico que torna mais flexível o processo interpretativo.

Quando houver uma dúvida sobre termos ou expressões do tratado, ela deve ser dirimida de acordo com o seu *contexto*⁷⁹, os documentos relativos aos motivos da celebração dos tratados e aceito pelas partes⁸⁰.

O disposto no art. 31, 3, “a, b, c”, da CVDT⁸¹, chama a atenção pelas disposições que permitem analisar além do contexto, levando-se em consideração atos e acontecimentos posteriores à pactuação. Assim, caso as partes acordarem posteriormente à celebração do tratado alguma regra relativa à interpretação ou aplicação, ela será obrigatoriamente considerada.

Portanto, o art. 31, 3, “a, b”, da CVDT, refere-se à conduta das partes⁸² após a celebração do vínculo, podendo ser efetivada desde o acordo relativo até a fase da interpretação. Fica claro, assim, que o legislador entende o vínculo jurídico do

⁷⁷RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 5.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997, p. 310.

⁷⁸Id. *Ibid.*, p. 310.

⁷⁹RANGEL, op. cit., 1997, p. 210.

⁸⁰GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., 1995, p. 450.

⁸¹Art. 31.3. da CVDT: “a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) qualquer regra pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes” (RANGEL, op. cit., p. 311).

⁸²“Obsérvese, portanto, que con su comportamiento las partes en un tratado aportan elementos de interpretación del mismo, y bueno será advertir que práctica de las partes en el tratado no exige “práctica” de todas *ella*, pues como los trabajos preparatórios demuestran, se cubren también con esta disposición las hipótesis en que el comportamiento de una o algunas de las partes en un tratado no se opongan a las demas.” GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., p. 450.

tratado como algo dinâmico, que vai além do pactuado inicialmente.

O mesmo artigo em sua alínea “c” estabelece que “[...] será levado em consideração...qualquer regra pertinente de Direito Internacional aplicável às relações entre as partes”.

Este dispositivo chama a atenção por permitir uma mobilidade ainda maior ao intérprete que deve considerar o conjunto das regras de Direito Internacional vinculantes para as partes no momento da aplicação. Requer, no entanto, que se tenha claro o significado da expressão “*pertinente*”.

Gutiérrez Espada⁸³ recomenda que se incluam cláusulas expressas no instrumento internacional, que resolvam os problemas intertemporais que sua aplicação poderá provocar. Por isso o art. 31, 4, dispõe que um termo pode ter um sentido especial, desde que as partes o especifiquem. Caso contrário, são aplicáveis todas as demais regras do dispositivo legal. Importante dizer, no entanto, que como meio suplementar de interpretação pode-se lançar mão dos trabalhos preparatórios do tratado e as circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido do disposto no art. 31 da CVDT. A intenção é proteger o dispositivo legal de um sentido ambíguo ou um resultado absurdo. Os trabalhos preparatórios nada mais são que as negociações referidas no item sobre a produção do texto convencional.

Ainda no referente à interpretação dos tratados, além das regras da CVDT, apela-se para o já referido conceito do tratado-constituição e a idéia de um “constitucionalismo global que se alicerça no sistema político internacional, na emergência de um *jus cogens* internacional, informado materialmente por valores, princípios e regras plasmadas em declarações e documentos internacionais”.⁸⁴

Considerando a importância que esta pesquisa confere aos novos contextos econômico, político e jurídico internacional, aderindo ao conceito de tratado-constituição para significar reconhecimento de direitos fundamentais universais diante do Estado, adota-se uma hermenêutica⁸⁵ que não se contenta com os métodos tradicionais (literal ou gramatical, lógico, sistemático).

A nova hermenêutica não admite o Direito como matéria passível de demonstração,

⁸³ GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., 1995, p. 450 e sgs.

⁸⁴ ALBERTON, op. cit., jun/2002, p.18.

⁸⁵ Hermenêutica jurídica é o estudo do direito que se preocupa com a interpretação da lei, passível de aplicação nos tribunais. É o âmbito da dogmática jurídica que engloba também a doutrina, a jurisprudência e os costumes (CAMARGO, Margarida. *Hermenêutica constitucional*. Palestra realizada no II Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. Brasília - DF, 29 out. 1999. Disponível em: <<http://www.idp.org.br/hc-ii.html>> Acesso em: 20 ago. 2002).

como verdade preliminar contida no suporte fático da norma. Ao contrário, considera norma jurídica como tese que orienta a ação humana, referente a um determinado objetivo e está vinculada às teses de que os princípios também são normas que são formuladas com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.⁸⁶ Nessa ótica, quando houver colisão de princípios, nenhum desses é sacrificado ou expulso do ordenamento jurídico.⁸⁷

1.5 Cessação da vigência dos tratados

A previsão legal da extinção e suspensão da execução de um tratado está nos artigos 54 a 64 da CVDT. Pode ser baseada na vontade das partes, por acordo, quando resulta do consentimento de todas as partes, como fazer outro tratado que revogue o anterior. Haverá extinção por termo final quando o tratado é concluído por tempo determinado ou quando for realizada a condição resolutiva.

O Estado pode utilizar, também, a denúncia, que é o ato pelo qual ele faz cessar a vigência de um tratado em relação a si mesmo. A denúncia é lícita quando prevista no texto do próprio tratado. Normalmente está previsto de que forma e em que prazo o Estado pode fazê-la.

Há circunstâncias alheias à vontade das partes que podem pôr fim a um tratado: violação substancial, impossibilidade superveniente de cumprimento, mudança fundamental das circunstâncias, ruptura das relações diplomáticas ou consulares ou superveniência de um novo tratado sobre o mesmo objeto.

1.6 A Cláusula *rebus sic stantibus* e alteração fundamental das circunstâncias

O Direito Internacional faz referência à cláusula *rebus sic stantibus* para justificar a revisão dos tratados.

Celso D. de Albuquerque Mello⁸⁸ informa que a cláusula *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus* (toda convenção deve ser entendida estando assim as coisas), formulada de maneira clara por São Tomás (Suma Teológica), foi introduzida no Direito Internacional por Alberto Gentili (“De Jure Belli”, 1598) e

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

⁸⁷ Id. *Ibid.*, p.587.

⁸⁸ MELLO, op. cit., 1997, p. 238.

defendida, entre os clássicos, por Vattel.

A primeira teoria invocada em apoio à modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias foi a da cláusula *rebus sic stantibus* (*contractus qui habent sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*). De acordo com ela, nos contratos de longa duração, considera-se sempre subentendida a cláusula de que ele só permanece válido enquanto forem mantidas as condições previamente estipuladas⁸⁹. Caso ocorra uma modificação profunda das circunstâncias existentes à data da celebração do contrato, a parte para quem resultasse prejuízo poderia pedir a resolução.

Quando analisa esta matéria, com base no Direito em geral, Almeida Costa⁹⁰ conclui que, após esta primeira teoria, segue-se a da imprevisão, também lastreada na *rebus sic stantibus*. Além da alteração da circunstância de fato, outro elemento indispensável para que cesse o acordo é que as alterações sejam imprevisíveis. O fato de basear-se na imprevisibilidade tem razão de ser num dado subjetivo, interno ao agente contratante.

Windscheid, posteriormente propôs a teoria da pressuposição unilateral tácita: as condições existentes ao tempo da celebração permanecerão constantes, excessão feita às oscilações naturais, de acordo com o comportamento geral do mercado. Esse pensamento tem base no postulado de que qualquer alteração de vontade negocial pode ser feita na plena convicção de que manterá o que foi determinado na ocasião do pacto inicial.

No Direito Internacional, de acordo com o art. 62.1, “a”, da CVDT, a modificação ou revisão de um tratado dependerá da análise da mudança fundamental das circunstâncias. Ela atingiu uma condição essencial do consentimento das partes? Trata-se de outra situação, baseada na vontade ou no consentimento, desta vez não de uma pessoa física, mas do Estado (via seu representante).

Celso Albuquerque Mello⁹¹ reforça este argumento dizendo que será necessário verificar se a alteração das condições viola ou não as intenções das partes contratantes no momento em que concluíram o tratado.

Na verdade deverá ser feito um exame em cada caso concreto para se verificar se as alterações das condições sociais viola as intenções das partes contratantes na época em que concluíram o tratado, uma vez que o seu fundamento e o acordo de vontades [...]. Por outro lado, um tratado em que as circunstâncias que lhe deram

⁸⁹ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 215.

⁹⁰ Id. *Ibid.*, p. 214 e segs.

⁹¹ MELLO, op. cit., 1997, p. 239 e segs.

origem mudaram, ele não pode estar sendo aplicado de boa-fé.⁹²

São argumentos que mantêm uma fundamentação subjetivista, baseados que são nos aspectos intencionais, psicológicos.

Esta cláusula deve se distinguir da condição resolutória, uma vez que as partes não prevêm na *rebus sic stantibus* a identidade do fato futuro e incerto. Ela também se distingue da força maior que apenas suspende a execução do tratado até que cesse.

A revisão dos tratados pode, então, ser feita: a) judicialmente b) por negociações diretas, c) por um órgão internacional.⁹³ Para exemplificar as possibilidades de mudança e alteração em tratados já concluídos, registram-se certas situações fáticas estas manchetes de jornais, constantes no Anexo I:

Argentinos pedem compensações ao Brasil: Empresários reclamam de desvantagem causada pela desvalorização do real e sugerem soluções diferenciadas para cada setor.

Ministro defende manutenção da Tarifa Externa Comum (TEC): Governo do Estado pede a Sérgio Amaral incentivos para exportações gaúchas.⁹⁴

Tudo que está previsto nos tratados, portanto, nem sempre atende aos interesses das partes, razão pela qual é possível suspender seus efeitos temporariamente. É preciso considerar no que tange à possibilidade de alteração dos tratados, outros aspectos além da subjetividade e da previsibilidade. Este trabalho prioriza a boa-fé no seu prisma objetivo.

2 A FORMA EXTRA CONVENCIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL

Como formas extraconvencionais de manifestação do Direito Internacional, vão ser aqui analisados o costume, os princípios gerais de Direito, as decisões das organizações internacionais e os atos unilaterais.

2.1 O Costume Internacional

O costume foi a primeira e mais importante fonte de Direito Internacional do

⁹² Id. Ibid., p.239.

⁹³ MELLO, op.cit., 1997, p.240.

⁹⁴ ZERO HORA. Porto Alegre, 1º. out. 2001. Economia. p. 22.

ponto de vista histórico. Hoje a primazia cabe aos acordos formais escritos.

A origem do Direito Internacional foi, indiscutivelmente, influenciada pelas condutas usuais dos povos que acreditavam haver nelas a obrigatoriedade da obediência. Era costume obedecer. A CVDT ainda o reconhece, o que deixa claro em sua exposição de motivos.⁹⁵

O fundamento de validade da norma costumeira está no princípio do *pacta sunt servanda*, o qual prescreve que o estabelecido pelo exercício da soberania estatal deve ser cumprido de boa-fé.⁹⁶ A constituição do costume é, normalmente, lenta, pois formada pelos usos tradicionalmente aceitos durante longo período.

O aparecimento de novos atores internacionais, principalmente nas décadas de 1940-50, associado aos avanços da ciência e da tecnologia e à necessidade de respostas aos recentes problemas e questões de caráter internacional, fizeram com que o costume fosse considerado critério insatisfatório na condição de fonte, de acordo com Accioly.⁹⁷

A evolução dos contatos internacionais e a intensa dinâmica das relações internacionais fizeram com que os tratados, em detrimento do costume, assumissem a posição de fonte preponderante.

O fato de o Direito Internacional não estar totalmente codificado, concede importância às normas costumeiras. Elas se caracterizam por serem a prática reiterada do modo de proceder (uma conduta ativa ou omissiva) frente à determinada situação e pela convicção de que assim se deve agir por ser o correto, o justo, o aceitável.⁹⁸

O elemento material, ou seja, a conduta humana reiterada, praticada inúmeras vezes, até mesmo incontáveis, independentemente se na forma ativa ou passiva é a primeira referência.

O elemento subjetivo é a *opinio juris*, pois é necessário a motivação, o ânimo de proceder de alguma forma considerada justa e correta, o que supõe a crença na

⁹⁵ Dispõe a Convenção: "Afirmando que as regras de direito internacional costumeiro continuarão a reger as questões que não forem reguladas nas disposições da presente Convenção, convencionaram o seguinte: [...]". Esta Convenção entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980; em 1981, trinta e nove estados (incluindo a Grã-Bretanha, com exceção dos Estados Unidos, União Soviética e China) haviam a ela aderido. No entanto, a Convenção não tem valor retroativo (art. 4º), o que limita-lhe o valor.

⁹⁶ REZEK, op. cit., 1998, p. 3.

⁹⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. Nascimento. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.39.

⁹⁸ REZEK, op. cit. 1998, p.213.

juridicidade do comportamento. Não basta a conduta por cortesia, mas a convicção de cumprir um ato jurídico.

Uma questão importante a ser considerada é a generalidade espacial do hábito. A prática deve ser a determinado espaço físico. Nestas condições poderá ser um costume regional se for mais delimitado e, se for maior a amplitude do seu raio de existência será equiparado a uma prática geral.

Este conjunto de mudanças introduzidas na vida internacional fez com que o fator tempo fosse minimizado, sendo necessário mostrar que a prática da conduta foi conseqüente, generalizada.⁹⁹

A prova da regra costumeira é necessária e constitui-se num encargo para quem alega. Pode até ser mais difícil do que realizar a prova da regra de um tratado, pois demanda a análise das ações estatais, da prática diplomática, dos textos legais e das decisões judiciais que versem sobre o Direito Internacional.¹⁰⁰

Muito se tem utilizado como prova do reconhecimento de um costume as disposições que constam em tratado ainda não ratificado por um Estado mas que entrou em vigor.

Um Estado pode invocar como regra costumeira contra outro, justamente disposições vinculantes do tratado que, posteriormente, o outro Estado não ratificou ou não colocou em vigência.

Neste sentido, informa Accioly¹⁰¹, os doutrinadores que elegeram como referência as decisões da CIJ de 1969, reconhecem a importância das grandes convenções multilaterais não-ratificadas como fonte de direito costumeiro.

Além disso, cabe assinalar a posição de Ventura e Seitenfus, os quais afirmam textualmente que numerosos são os instrumentos jurídicos firmados no âmbito do Mercosul, que interagem fortemente com os dispositivos vigentes da legislação nacional. Entre as normas recentes, deve ser destacado o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Decisão 04/98, de 24 de julho de 1998)¹⁰², ainda não ratificado.

⁹⁹ REZEK, op.cit., 1998, p. 39-40.

¹⁰⁰ Id. Ibid., p.126.

¹⁰¹ ACCIOLY; SILVA, op. cit., 1998, p. 40.

¹⁰² SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.200.

2.2 Decisões das Organizações Internacionais

Organizações internacionais, são aquelas que, de acordo com Rezek¹⁰³, em virtude de seu estatuto jurídico têm capacidade de concluir acordos internacionais no exercício de suas funções e para a realização de seu objeto, e de acordo com Odete Maria de Oliveira¹⁰⁴, elas possuem como características principais a composição interestatal, a base convencional e a autonomia jurídica, além de serem dotadas de uma estrutura orgânica permanente e independente.

Oliveira¹⁰⁵ classifica-as em função dos fins (podendo ser gerais e específicos); da composição (podendo ter vocação regional ou universal); e da competência (podendo ser de cooperação ou de integração).

As organizações com fins gerais são aquelas que possuem várias finalidades consideradas úteis, não estando comprometidas necessariamente com a cooperação. Podem ser de escala universal, como a Organização das Nações Unidas (ONU), 1945, com sede em Nova Iorque; e de escala regional, como a Organização dos Estados Americanos (OEA), 1947, com sede em Washington.

As organizações de fins específicos podem ter as mais variadas finalidades militares e de segurança, como por exemplo, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), 1949. As de fins econômicos, no atual momento da chamada globalização e regionalização, são mais numerosas e diversificadas, como Comunidade Européia (1951 e 1957), hoje União Européia (1992); para fim financeiro (Fundo Monetário Internacional (FMI), 1946, com fins comerciais, a Organização Mundial do Comércio (OMC), 1994, que substituiu o Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT), 1947. As de finalidade técnico-científica têm um nítido caráter de cooperação, tal como a União Internacional de Telecomunicações. As de fins de cooperação social, cultural e humanitários dedicam-se à proteção dos indivíduos sob diversos aspectos, tal como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), 1919; com fins educacionais, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Tecnologia (UNESCO), 1945.

O fundamento de validade da decisão da organização depende do seu tratado constitutivo. De acordo com o sistema legal próprio, a decisão proferida por um

¹⁰³ REZEK, op. cit., 1998, p. 250.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 224-225.

¹⁰⁵ Id. Ibid., p.226-227.

desses órgãos internos, a assembléia ou a secretaria geral, pode ser obrigatória ou não para seus membros.

As decisões de uma organização podem ser chamadas de resolução, recomendação, declaração, diretriz, regulamentações¹⁰⁶, variando o seu significado e seus efeitos, de acordo com a entidade implicada.

A decisão de uma organização para determinando caso concreto, mesmo que não possua caráter obrigatório e vinculante, é um elemento norteador das próximas decisões, porque são levados em consideração elementos jurídicos, econômicos e sociais. Vale, aqui, o adágio de que as decisões trazem a convicção de que uma questão análoga deverá ser decidida da mesma maneira.

2.3 Os atos unilaterais

Rezek diz que poucos autores conferem aos atos unilaterais proferidos pelos Estados a qualidade de fonte de Direito Internacional, tendo em vista que muitos se caracterizam como meros atos jurídicos se considerada a teoria geral dos atos jurídicos, tais como as notificações, protestos, renúncia e reconhecimento.¹⁰⁷

Estes atos não possuem a generalidade e a abstração, características das normas. Produzem, no entanto, efeitos jurídicos diante de terceiros, uma vez que expressam a vontade de um Estado. Por esta razão, são considerados para análise dos casos, aqueles atos relacionados.

Rezek cita uma declaração de vontade emitida pelo representante da Noruega perante a Dinamarca, que se caracterizou como um ato unilateral do gênero *promessa* e foi reconhecido pela Corte Permanente de Justiça Internacional.¹⁰⁸

2.4 Os Princípios Gerais do Direito

A idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, conforme Luís Díez Picazo.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Sobre o assunto, consultar TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 32.

¹⁰⁷ REZEK, op. cit., 1998, p.130.

¹⁰⁸ REZEK, op. cit., 1998, p.140.

¹⁰⁹ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002,

Os princípios possuem origens variadas; podem ser de natureza religiosa ou filosófica, ou podem ser oriundos do Direito natural¹¹⁰. A projeção dos valores neles contidos encobre todo o ordenamento jurídico.

O significado de princípio geral de Direito, tanto na teoria geral do Direito quanto na área do Direito Internacional, depende de sua conexão com três concepções filosóficas: a jusnaturalista¹¹¹, a positivista e pós-positivista. É também necessário situá-lo em duas noções: a que limita os princípios gerais do direito a uma visão civilista e a que a estende ao direito público¹¹² sem ingressar na discussão jurídica entre o público *versus* privado.

Na concepção jusnaturalista racionalista, os princípios são aceitos como abstrações. A excessiva valoração axiomática conduziu-os ao descrédito, a exemplo do conceito referido por Flórez-Valdés de que os princípios são um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana¹¹³. Para os jusnaturalistas, em caso de haver lacuna a ser preenchida no ordenamento jurídico, deve recorrer-se aos princípios do Direito Natural.¹¹⁴

O jusnaturalismo racionalista, por ocasião do movimento de codificação do século XVIII¹¹⁵, buscava atingir clareza, unidade e simplificação, razão pelo qual agrupou, “sistematicamente as normas em torno de um determinado objeto”¹¹⁶. Esta técnica proporcionou a “identificação entre direito e lei”.

O positivismo jurídico no século XIX foi a sua superação. Influenciado por outras áreas de conhecimento, especialmente pelo método do positivismo filosófico, os positivistas empurraram os ideais de direito natural para fora da história, deram ênfase à objetividade científica, à realidade observável e deixaram de lado a

p.228.

¹¹⁰ BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p. 61. Como exemplo, lembra o princípio do respeito ao próximo de natureza judaico-cristã; o da não contradição, que vem da filosofia grega.

¹¹¹ O Jusnaturalismo, que não pode ser adotado simplesmente como termo genérico significa “a lei estabelecida pela vontade de Deus”, e na visão racionalista: a lei ditada pela razão (apud BARROSO, op.cit., jul/set.2001, p.49, 54 e sgs).

¹¹² BONAVIDES, op. cit., 2002, p.229.

¹¹³ Apud BONAVIDES, op. cit., 2002, p.234.

¹¹⁴ A idéia do direito natural, isto é, que o homem possui direitos naturais e universais, acrescida da filosofia do iluminismo, que criticava a tradição teológica anterior (jusnaturalismo clássico), foi a base das revoluções liberais; Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Código Civil Francês, de 1804, denominado Código de Napoleão (BARROSO, op. cit., p. 55-56).

¹¹⁵ O jusnaturalismo encontra sua hegemonia com a consolidação de ideais liberais quando foram formalizados nos textos escritos que formaram o movimento de codificação, especialmente no século XVIII, tendo como exemplo o Código Civil Francês (BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p.56).

¹¹⁶ BARROSO, op. cit., p. 56.

especulação filosófica.¹¹⁷ Reduziram, assim, o potencial criativo do juiz.

Por consequência os juspositivistas entendem que, se houver lacuna no ordenamento jurídico, seu preenchimento deverá ser obtido de acordo com os princípios contidos nele próprio, através da analogia. Segundo escreve Flores-Valdés, os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o direito positivo e a ele servem de fundamento.¹¹⁸ Estão inseridos num sistema coerente e seu valor deriva da própria lei¹¹⁹. Nesta dupla posição, trava-se uma discussão entre a suficiência e a insuficiência do ordenamento jurídico.

Até este momento não havia sido conferido, aos princípios, o caráter da normatividade, isto é, aplicabilidade direta e imediata, como ficou definido no item que tratou a interpretação dos tratados.¹²⁰

Na dogmática em que se procura inserir esta pesquisa, há o entendimento de que as normas se enquadram em duas grandes categorias, os princípios e as regras, tendo os princípios papel preponderante.

Paulo Bonavides ressalta que, para ser confirmada a normatividade dos princípios, alguns textos de tratados internacionais tiveram grande papel na instauração do período pós-positivista:

Assinala Bobbio efetivamente que uma nova fase - que nos afigura neopositivista e precede o positivismo contemporâneo - sobre a natureza, a validade e o conteúdo desses princípios se instaura a partir da ocasião em que o art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional declarou, em 1920 'os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas', como aptos e idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais; fórmula, essa, consagrada e incorporada literalmente em 1945 pelo art. 38, 'c', Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, a seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do tratado que instituiu em 1957 a Comunidade Económica Europeia.¹²¹

Para o autor está bem clara a conexão entre os princípios gerais de Direito, referidos em textos de Direito Internacional, para a construção de uma nova concepção interpretativa e de aplicação das normas.

O pós-positivismo corresponde, segundo Bonavides, aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios convertidos em

¹¹⁷ Id. Ibid., p. 57-58.

¹¹⁸ Apud BONAVIDES, op. cit., 2002, p.235.

¹¹⁹ Apud BONAVIDES, op. cit., 2002, p.235.

¹²⁰ BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p.57-58.

¹²¹ BONAVIDES, op.cit., 2002, p.249.

pedestal normativo sobre o qual se apóia todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.¹²²

Para Luis Roberto Barroso, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras - aspectos da chamada nova hermenêutica - e a teoria dos direitos fundamentais. Surge como superação do conhecimento convencional, já que reconhece o ordenamento positivo, acrescentando-lhe, porém, as idéias de justiça e legitimidade.¹²³

Quanto às fases civilista e publicista do direito, para distinguir entre o sentido e a importância dos princípios, reconhece-se que a “família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema”¹²⁴. Nesta concepção a lei é a fonte principal; acessórias são a analogia, a equidade e os princípios gerais de Direito. O Brasil se inclui nesta tradição cujas normas se manifestam pelo direito escrito, razão pela qual juristas tendem a apegar-se ao positivismo.

Quando Paulo Bonavides analisa a constitucionalização dos princípios diz que quando positivados encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.¹²⁵ Este pensamento complementa o raciocínio necessário ao entendimento da importância dos princípios gerais de Direito na atualidade, pois, que, a partir de sua constitucionalização ou positivação tornam-se prestigiados e hegemônicos, tal qual as normas inseridas na lei das leis. Com esta relevância adicional os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.¹²⁶

Em circunstâncias de conflito ou incompatibilidade de resultados na aplicação dos princípios, um cede ao outro, pois eles têm pesos diferentes nos casos concretos, visto que estão ligados a valores. E o valor de um deverá preponderar, sem que o outro seja excluído.¹²⁷

¹²² Id. Ibid., p. 249.

¹²³ BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p. 60.

¹²⁴ Id. Ibid., p. 49.

¹²⁵ BONAVIDES, op. cit., 2002, p. 263.

¹²⁶ Id. Ibid., p. 261.

¹²⁷ O conflito se revela na dimensão de valor (ALEXY apud BONAVIDES, op. cit, 2002, p.251).

2.4.1 Os Princípios Gerais de Direito na Ordem Internacional

Os princípios gerais de direito foram objeto de discussão porque a expressão - *os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*¹²⁸, contida no art. 38, “c”, do Estatuto da CIJ, permite mais de uma interpretação e foi muito debatida pela doutrina.¹²⁹

Pereira e Quadros nos trazem uma definição mais clara, dividindo-os em duas vertentes:

- a) princípios comuns aos direitos internos, incluindo-se aí o da *bona fide* e o abuso de direito, o *pacta sunt servanda*, o princípio da proporcionalidade, o princípio do *venire contra factum proprium non valet* (não contrariar seus próprios atos), a *rebus sic stantibus* (toda convenção deve ser entendida estando assim as coisas), o princípio da segurança jurídica e do respeito da confiança legítima; o não locupletamento à custa alheia, a prescrição extintiva e os juros de mora, entre outros;
- b) princípios próprios do Direito Internacional, como os da não-ingerência, não agressão, não reconhecimento da aquisição de territórios ou direitos mediante o recurso à força, a autodeterminação dos povos e a proibição do genocídio, etc.¹³⁰

A enumeração apresentada por Pereira e Quadros não é taxativa, mas exemplificativa, significando maior ou menor abertura, conforme a opinião de cada autor.

Segundo Dinj, Daillier, Pellet¹³¹, autores como Verdross, Hudson e Rosseau admitem que os princípios de direito podem derivar tanto da ordem internacional como da ordem interna. Esclarecem, ainda, que nem todos os princípios comuns aos sistemas jurídicos nacionais são aplicáveis à ordem internacional, pois, para tanto, necessitaria ser compatíveis com as características fundamentais da ordem

¹²⁸ Atualmente consta do art. 38 da CIJ.

¹²⁹ Para esclarecer a origem da expressão - *os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas* - DINJ; DAILLIER; PELLET (1992, p.217) dizem que por ocasião dos trabalhos preparatórios do Estatuto da C.P.J.I., os redatores quiseram diferenciar a redação do seu art. 38, “c” da anterior redação do art. 7º, 2, da Convenção XII de Haia -1907, sobre o Tribunal Internacional de Presas, que atribuía a este Tribunal o poder de decidir, se fosse o caso, de acordo com os princípios gerais da justiça e da equidade. A comissão de juristas que formavam a CPIJ referia-se aos princípios de direito interno dos Estados, o que reduziria o poder do juiz à verificação dos princípios já existentes na ordem interna, contrariando, intencionalmente, a fórmula anterior que ampliava a liberdade do magistrado.

¹³⁰ PEREIRA; QUADROS, op. cit., 1997, p. 262.

¹³¹ DINJ; DAILLIER; PELLET, op.cit., 1992, p. 317.

internacional.¹³²

2.4.2 Os Princípios gerais do próprio Direito Internacional

O Direito Internacional também se alicerça em princípios próprios. Eles representam as bases de uma ordem jurídica, impregnados de um fundamento ético “de ordem, de justiça e de razão, que são o fundamento da civilização jurídica a que pertencem os Estados...”¹³³

José Monserrat Filho¹³⁴ afirma que os princípios fundamentais têm força jurídica e são normas de conduta obrigatória como qualquer outra norma do Direito Internacional. Distinguem-se por terem grau de generalização mais elevado que as normas comuns. Pereira e Quadros concordam com sua total autonomia em relação aos tratados e ao costume, mesmo que muitos princípios sejam revelados através das normas consuetudinárias.¹³⁵

O objetivo maior desta pesquisa, é demonstrar que, além de muitos dos princípios gerais estarem positivados, a construção do Direito é possível pela via jurisprudencial, pelo mecanismo da interpretação e criação de normas para cada caso específico, considerando que a

[...] a própria estruturação normativa dos princípios gerais revela que os mesmos não explicitam os fatos sociais aos quais se aplicam, mas sim se constroem à vista de categorias genéricas, representativas de um comportamento social esperado. Pois bem, esse comportamento social é expresso nos princípios com referência a standards de conduta, que ao traduzirem o tipo médio de conduta correta para uma categoria de atos também delimitam a extensão do princípio e o preenchem.¹³⁶

Com este enfoque e sem explicitar os fatos sociais é que se propicia a criação jurisprudencial.

¹³² Id. Ibid., p. 319.

¹³³ ROSA, Luis Fernando Franceschini da. Jurisprudência e princípios gerais do direito no direito internacional. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin, 1998, p.152.

¹³⁴ MONSERRAT FILHO, José. *O que é direito internacional* São Paulo: Brasiliense, 1986, p.59.

¹³⁵ PEREIRA;QUADROS, op. cit., p. 258.

¹³⁶ ROSA, op. cit.,1998, p. 152.

2.5 Os Princípios constitucionais que regem o Brasil em suas relações internacionais

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu, em seu artigo 4º incisos I até X, os princípios que regem o país nas suas relações internacionais: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre Estados; defesa da paz; solução pacífica de conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

No parágrafo único, estabelece que o Brasil buscará a integração econômica política e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Nota-se que o Brasil, a partir da sua Constituição, está implicado na teia complexa das relações jurídicas internacionais, compromissado em grau de normatividade, isto é, com obrigatoriedade pelo respeito e concretização dos valores contidos nos princípios gerais de direito elevados à categoria de princípios gerais de Direito Constitucional.

2.6 Tratados que estabelecem princípios próprios da Ordem Jurídica Internacional

Os princípios gerais próprios do Direito Internacional serão aqui entendidos enquanto princípios constitucionais da ordem jurídica internacional, de acordo com a convicção de Fernando Menéndez, que afirma:

[...] el conjunto de dichos principios puede con razón ser considerado el núcleo central de la Constitución material del orden jurídico internacional, en especial si se considera que (casi) todos los Estados y grupos de Estados (importantes) han participado en la elaboración y adopción de los instrumentos escritos apropiados.

Na impossibilidade de abranger todos os tratados existentes, optamos pelos que maior interesse apresentam para esta pesquisa.

2.6.1 A Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais de Haia de 1907

As tratativas da Convenção para a solução pacífica dos conflitos aconteceram no momento reconhecido do regramento da guerra lícita no Direito Internacional, quando passou a preocupar-se com a solução pacífica dos conflitos.

A segunda Conferência de Paz de Haia em 1907¹³⁷, é o ponto culminante na história do direito da guerra. Foram assinados, na ocasião, diversos documentos cuja finalidade era regulamentar as relações entre os Estados beligerantes.

José Soder afirma que a convenção não conseguiu regulamentar o desarmamento, mas criou normas importantes para o direito da guerra.¹³⁸ Seu acordo para a solução pacífica de conflitos internacionais privilegiou a arbitragem, e obrigou os contendores a sujeitar-se “de boa-fé” à sentença do árbitro, como consta do art. 37 da referida Convenção de Haia¹³⁹:

El arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respecto del derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral.

2.6.2 Os Princípios gerais de direito no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia, de 1919

Ao final da Primeira Guerra Mundial, que deixou uma grande destruição no continente europeu, surgiu a Liga ou Sociedade das Nações, em 1919, cujo instrumento foi o Pacto da Liga das Nações.¹⁴⁰

Seu objetivo era construir uma união entre as nações que aceitariam certos compromissos comuns e procuraram manter a paz e salvaguardar os interesses,

¹³⁷ Constante no Anexo II.

¹³⁸ SODER, José. *História do direito internacional*. Frederico Westphalen: URI, 1998. p. 184.

¹³⁹ SCOTT, James Brow. *Las convenciones y ceclaraciones de La Haya de 1899 y 1907, acompañadas de cuadros de firmas, ratificaciones y adhesions de las diferentes potencies y textos de las reservas*. Dotación Carnegie para la paz Internacional, Division de Derecho Internacional. New York: Oxford University Press, 1916, p.55.

¹⁴⁰ No preâmbulo diz que: “Considerando que, para o desenvolvimento da cooperação entre as nações e para a garantia da paz e da segurança internacionais, importa aceitar certas obrigações de não recorrer a guerra, manter abertamente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra” (RANGEL, op. cit., 1997, p.19).

através de uma colaboração organizada e durável.¹⁴¹

A idéia condutora da Liga era de que a guerra, o uso da força e o rompimento das relações internacionais passaram a ser assuntos de preocupação internacional, não mais estando afetos aos Estados envolvidos. Foi um avanço notável. É preciso considerar que havia, naquele tempo, o direito de recorrer à guerra, reconhecido pelas normas costumeiras clássicas.

A Liga ou Sociedade das Nações caracterizou-se como organizadora do Direito Internacional, mas não se firmou com a autoridade que pretendia. Perdeu o sentido de ser com os conflitos que deram início à Segunda Guerra Mundial, não sem antes criar um sistema para solução de controvérsias internacionais. A guerra somente passou a ser admitida unicamente como último recurso, após o fracasso dos meios pacíficos.

O órgão encarregado da solução de controvérsias era a CPJI¹⁴², a que elaborou um estatuto para reger seus atos: o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional.

No artigo 38 desse Estatuto, atualmente repetido no art. 38 da CIJ¹⁴³, encontra-se referência aos “princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.¹⁴⁴

Qual o significado desta expressão?

A redação desse artigo não proporcionou um entendimento unânime. A inclusão dos princípios gerais do Direito no art. 38 do Estatuto da CIJ foi considerada por Trindade como fonte baseada no Direito natural, mas que correspondeu tão-somente a uma das concepções jurídicas existentes.¹⁴⁵

¹⁴¹ ALMEIDA, Renato. *A Liga das Nações: constituição, estrutura e funcionamento*. Rio de Janeiro: A Noite, 1938, p.21.

¹⁴² Diz o art. 38, 1, do Estatuto da Corte: “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 estabelecem 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 a ressalva das disposições do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar na determinação das regras de direito”.

¹⁴³ Art. 1º. A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como principal órgão judiciário, será constituída e funcionará de acordo com as disposições do presente Estatuto (RANGEL, op. cit., p. 68).

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem (RANGEL, op. cit., 1997, p.79).

¹⁴⁴ AZEVEDO, op. cit., 1982, p.22.

¹⁴⁵ TRINDADE, op. cit., 1982, p.17.

Os doutrinadores Pereira e Quadros¹⁴⁶ afirmam que, para uns, aqueles seriam os princípios gerais do Direito Internacional propriamente ditos e para outros os princípios dos direitos internos dos Estados. A controvérsia existe desde a elaboração do Estatuto, em 1920.

O que chama a atenção é o entendimento de Antônio A. Cançado Trindade¹⁴⁷. Passados vários anos da elaboração da Declaração, ele a analisa de forma mais fria e, ao invés de se posicionar teoricamente em favor de uma ou outra corrente de pensamento, diz que a expressão incorpora a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais da justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios do Direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais) e permite estabelecer um claro liame entre Direito Interno e Direito Internacional. Acredita que aqueles que têm propensão a um entendimento extensivo, tal como a escola soviética, propõem um entendimento mais elaborado e amplo. Cumpriria prestigiar, antes de tudo, os grandes princípios gerais do próprio direito das gentes na era atual: o da não-agressão, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento e o da proibição da propaganda de guerra.

Já Francisco Rezek¹⁴⁸ conclui que, da mesma forma como os sistemas jurídicos internos, o Direito Internacional contém um certo número de princípios não-formulados. Assim sendo, sustenta que a expressão utilizada pelos estatutos da CIJ têm um significado originário e um sentido extensivo. Existem evidências suficientes para se chegar à conclusão de que os redatores do texto, em 1920, pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais “aceitos por todas as nações *in foro* doméstico, tais como certos princípios de processo, o princípio da boa fé, e o princípio da *res judicata*”¹⁴⁹, e Rezek acredita que os sujeitos do Direito Internacional tendem, cada vez mais, a consentir, em torno de normas não advindas de seu consentimento criativo mas que possuem um fundamento sobre valores éticos da razão humana ou da lógica jurídica.¹⁵⁰

¹⁴⁶ PEREIRA ; QUADROS, op. cit., 1997, p.317.

¹⁴⁷ PEREIRA; QUADROS, op.cit., 1997, p.18.

¹⁴⁸ REZEK, op. cit., 1998, p.137.

¹⁴⁹ Id. Ibid., p.137.

¹⁵⁰ Id. Ibid., p. 137.

2.6.3 Os Princípios contidos no pacto de Paris ou Briand-Kellogg

Dando seqüência às idéias de defesa da paz e proscricção da guerra originadas com o Pacto da Liga das Nações de 1919, o Pacto de Paris, datado de 1928, foi negociado entre os Estados Unidos e a França, fora da jurisdição da Liga das Nações mas aberto à adesão. Recebeu mais de sessenta delas, inclusive a do Brasil.

Mesmo que o texto do Pacto não formule a expressão *princípios*, H. M. Huck¹⁵¹ considera que encerra dois deles, simples e objetivos¹⁵², que

- a) condenam o recurso à guerra como forma de solução de controvérsia entre Estados;
- b) renunciam a ela como instrumento de política nacional em suas relações internacionais, excepcionado pela legítima defesa.

O Pacto de 1919, ainda admitia a guerra como último recurso para solucionar controvérsias internacionais. Pela primeira vez fica explícita, em um texto jurídico, a ilegalidade da guerra.

O Pacto de Paris foi chamado também de Briand-Kellogg para homenagear dois estadistas que o negociaram. Ficou também conhecido como Tratado Geral para a Renúncia da Guerra.

2.6.4 Os Princípios gerais na Carta da Organização das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas (ONU) é, no dizer da própria Carta de 24 de outubro de 1945, uma associação de Estados reunidos com os propósitos declarados de manter a paz e a segurança internacionais.¹⁵³

Para alcançar esses objetivos a Carta menciona, entre outros mecanismos: a cooperação internacional (não elencada taxativamente como princípio), os métodos amistosos de solução pacífica de controvérsias; a ação coletiva contra as ameaças à paz, ruptura da paz ou atos de agressão, e acordos regionais.

Os sete parágrafos do art. 2º enumeram, respectivamente, os sete princípios básicos da organização:

1. a igualdade de todos os membros da ONU;
2. o cumprimento de boa-fé das obrigações assumidas de acordo com a Carta;

¹⁵¹ HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica. Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.90.

¹⁵² Id. Ibid., p. 91.

¹⁵³ Art. 1º da Carta da ONU. AZEVEO, op. cit., 1982, p.1 e sgs.

3. a solução pacífica de controvérsias internacionais;
4. a não-utilização ou ameaça da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado;
5. a assistência à ONU em ação a que recorrer a Organização;
6. a garantia de que os Estados não-membros ajam de acordo com tais princípios;
7. a não-intervenção pela ONU em assuntos do domínio reservado de qualquer Estado (excetuadas as medidas coercitivas do capítulo VII da Carta).¹⁵⁴

Os princípios refletem as necessidades daquele momento histórico, que exigia paz e consolidação do organismo internacional.

A importância da ONU sempre foi e é indiscutível, não obstante a hegemonia dos países mais ricos e poderosos, tais como os Estados Unidos e a Inglaterra, que podem influenciar nas decisões pela sua força político-econômica e bélica. O documento, que tornou-se referência para tratados posteriores, positiva o princípio da boa-fé.

A Declaração de 1970, por seu turno, consagra outros princípios que não coincidem totalmente com os da Carta, e merecem uma análise.

2.6.5 A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da Organização das Nações Unidas

A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional, Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta da ONU, foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1970.¹⁵⁵

No decorrer do período entre a Segunda Guerra e a Declaração Relativa aos Princípios, o continente africano viveu períodos de guerras levados adiante pelos movimentos de libertação nacional, principalmente contra as potências tradicionais européias, como França, Inglaterra, Holanda e contra os Estados Unidos, que

¹⁵⁴ Art. 2º, 1 a 7 da Carta da ONU. AZEVEO, op. cit., 1982, p.1 e sgs.

¹⁵⁵ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Informe del comite especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperacion entre los estados*. Documentos oficiales: vigesimo quinto periodo de sesiones. Suplemento nº 18 (A/8018), p.63.

perdiam influência política e econômica na região.¹⁵⁶

Na Ásia Meridional, informa Magnóli, Índia, Paquistão e Ceilão, reivindicaram a independência dos britânicos, em 1947. Em 1945, com a guerra da Indochina (contra a França), foram concluídas as independências do Vietnã, Laos e Camboja, Marrocos e Tunísia obtiveram sua independência no decorrer da radical guerra da Argélia (1954-62) contra os franceses. Em 1955, a Conferência Afro-asiática reuniram-se em Bandung (Indonésia). Pela primeira vez os novos Estados independentes articularam-se e lançaram um documento de dez pontos orientados pelas reivindicações de autodeterminação nacional e pela crítica ao colonialismo e ao racismo. Na Iugoslávia, em 1961, foi lançado o Movimento dos Países não alinhados.

A Declaração foi obra de um Comitê Especial, e as negociações se estenderam o início da década de 1960 até a data da sua assinatura. Foram ouvidos inúmeros representantes de Estados de vários continentes, fazendo com que a Declaração refletisse a percepção e a prática de todos eles sobre os princípios do Direito Internacional contemporâneo.

Pelas circunstâncias em que foi negociado e pelas reivindicações que contém, tratava-se de um acordo pelo reconhecimento da existência e igualdade dos diferentes sistemas políticos, econômicos e sociais. Seu conteúdo específico teve também o efeito de consagrar, do ponto de vista jurídico, os princípios do Direito Internacional contemporâneo como fonte positivada.

Os sete princípios dessa Declaração são:

1. a proibição ou renúncia do uso ou ameaça da força nas relações internacionais;
2. a solução pacífica de disputas internacionais;
3. a não-intervenção;
4. a cooperação internacional;
5. a igualdade de direitos e a autodeterminação dos povos;
6. a igualdade soberana dos Estados;
7. a boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.¹⁵⁷

¹⁵⁶MAGNOLI, Demétrio. *O Novo mapa do mundo*. São Paulo: Polêmica, 1993. p. 10-18.

¹⁵⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. *Informe del comite especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de mistad y a la cooperacion entre los estados*.

Comparando-se os dois textos conclui-se que, por um lado, a Declaração de 1970 desobrigou seus membros de dar assistência à ONU em qualquer ação que a Organização desencadeasse, e suprimiu a garantia de que os Estados não-membros agiriam de acordo com os princípios constantes do art.2 da Carta quando fosse necessário à manutenção manter a paz e a segurança internacionais. Por outro lado, a Declaração de 1970 cobra dos Estados o dever de cooperação internacional e o princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação. Isto significa que as circunstâncias em que se deram as negociações que precederam a adoção da Declaração pela ONU foi suficiente para garantir a inserção de dois princípios que não estavam na Carta Original das Nações Unidas.

O dever de cooperação consagra esta idéia surgida anteriormente e foi o grande influenciador dos tratados internacionais que se seguiram, pois se constata que este passou a fazer parte de muitas delas.

Os princípios gerais que constam da Carta da ONU e da Declaração de 1970 significam que há, de fato, alguns deles que são reconhecidos e valorizados pelos representantes dos Estados.

Talvez a ONU já estivesse consolidada e fosse consenso o dever de respeito aos princípios tanto pelos países não-signatários da Carta quanto pelos que a subscreveram, conscientes da obrigação de apoiar as ações da Organização. Mas esses princípios que obrigava os signatários da Carta foram substituídos pela idéia de cooperação entre os povos, sua igualdade de direitos e autodeterminação, o que representava a aspiração de inúmeras nações, implícita na idéia de coexistência pacífica entre os Estados, independente da condição político-econômica (socialista ou capitalista), e do envolvimento das questões étnicas e raciais.

2.6.6 Princípios contidos na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados

A Assembléia Geral da ONU aprovou no ano de 1974 a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos, como instrumento para o estabelecimento efetivo de um novo sistema de relações econômicas internacionais, com os seguintes princípios:

- 1) Soberania, integridade territorial e independência política dos Estados;

- 2) Igualdade soberana de todos os Estados;
- 3) Não-agressão;
- 4) Não intervenção;
- 5) Benefícios mútuos eqüitativos;
- 6) Coexistência pacífica;
- 7) Igualdade de direitos e autodeterminação dos povos;
- 8) Resolução pacífica de conflitos;
- 9) Reparação de injustiças resultantes do uso da força e que privem uma nação dos meios naturais necessários para o seu desenvolvimento normal;
- 10) Cumprimento das obrigações internacionais;
- 11) Respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais;
- 12) Renúncia a procurar hegemonia ou esferas de influência;
- 13) Promoção da justiça social internacional;
- 14) Cooperação internacional para o desenvolvimento;
- 15) Livre acesso dos países interiores ao mar, dentro do quadro dos princípios acima.¹⁵⁸

A idéia e o conteúdo da boa-fé ficaram implícitos nos itens 5,10 e14, pois os deveres de lealdade e cooperação fazem parte dos deveres acessórios contidos como funções principais da boa-fé.

2.6.7 Princípios contidos na Ata final da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa

Em 19 de agosto de 1975, ao final da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, foi firmada uma Ata em que constam princípios que também procuram desenvolver e concretizar os da Carta da ONU:

1. Igualdade soberana, respeito dos direitos inerentes à soberania;
2. Não-recorso à ameaça ou ao emprego da força;
3. Inviolabilidade das fronteiras;
4. Integridade territorial dos Estados;
5. Solução pacífica dos litígios;

¹⁵⁸ MONSERRAT FILHO, José, op. cit., 1986, p. 64.

6. Não-intervenção nos negócios internos;
7. Respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais, incluída a liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicção;
8. Igualdade dos direitos dos povos e direitos dos povos em dispor de si mesmos (autodeterminação);
9. Cooperação entre os Estados;
10. Execução de boa-fé das obrigações assumidas em conformidade com o Direito Internacional.

Mais uma vez o princípio da boa-fé se fez presente num tratado internacional.

2.6.8 Sistematização de Acordo com os Objetivos Básicos da Carta da ONU

Tentando sistematizar estes e outros princípios, José Monserrat Filho¹⁵⁹ organizou-os em três grupos, de acordo com os três objetivos básicos da Carta da ONU:

I) Princípios relativos à defesa da paz mundial:

1. Renúncia à ameaça ou uso da força;
2. Solução pacífica das controvérsias;
3. Segurança coletiva;
4. Busca do desarmamento;
5. Proibição da propaganda de guerra.

II) Princípios relativos à cooperação entre os Estados e povos, independente de qualquer diferença:

1. Respeito à soberania e igualdade de direitos de todos os Estados;
2. Não-intervenção nos assuntos internos;
3. Obrigação de cooperar com todos os Estados em base equitativa;
4. Cumprimento de boa fé das obrigações assumidas.

III) Princípios relativos ao livre desenvolvimento de todos os povos:

1. Igualdade de direitos e autodeterminação dos povos;
2. Respeito aos direitos humanos.

Considerando a situação mundial dos três continentes subdesenvolvidos, José

¹⁵⁹ MONSERRAT FILHO, José, *op.cit.*, 1986, p. 66.

Montserrat Filho¹⁶⁰ demonstra que incluir os países na aplicação dos princípios fundamentais significa:

- 1) Reconhecimento do direito de todos os povos resolverem independentemente, sem qualquer intervenção externa, seus assuntos internos; renúncia às tentativas de estabelecer sobre os povos qualquer forma de dominação ou hegemonia, ou inclui-los na 'esfera de interesse' de qualquer potência;
- 2) Rigoroso respeito pela integridade territorial destes países e pela inviolabilidade de suas fronteiras; nenhum apoio externo aos movimentos separatistas que visem a divisão dos países;
- 3) Reconhecimento incondicional do direito de todos os países da África, Ásia e América Latina a uma participação igual na vida internacional e o desenvolvimento das relações desses países com todos os outros;
- 4) Reconhecimento total e incondicional da soberania destes países sobre os seus próprios recursos naturais, bem como o reconhecimento de fato de sua completa igualdade nas relações econômicas internacionais; apoio aos seus esforços quando a liquidação dos restos do colonialismo, a erradicação do racismo e do apartheid, em conformidade com as conhecidas resoluções da ONU;
- 5) Respeito pelo estatuto do não-alinhamento adotado pela maioria dos países da África, Ásia e América Latina; renúncia às tentativas de atraí-los para blocos político-militares.

Fica, assim, comprovado que cada princípio tem uma carga de valor, neste caso de valores políticos que necessitam ser respeitados para que se considere, de fato, a independência de cada Estado.

Para a pesquisa, o que importa é analisar se os princípios gerais possuem efetiva aplicação e não podem ser relegados a um segundo plano das fontes de Direito Internacional. De qualquer maneira, ficou comprovado que os documentos multilaterais produzidos por Estados e nações em luta pela independência foram influenciados por atos anteriores e inspiraram os seguintes, demonstrando, assim, a agilidade da dialética político-jurídica.

3 MEIOS AUXILIARES PARA A DETERMINAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO

Neste terceiro e último item deste capítulo, tratar-se-á das decisões

¹⁶⁰ Id. Ibid., p. 67.

judiciárias, da doutrina, da analogia e da equidade.¹⁶¹

3.1 As Decisões Judiciárias

As decisões judiciais são contempladas pelo art. 38 do Estatuto da Corte de Haia como meio auxiliar para a determinação das regras de Direito.¹⁶²

Para Rezek¹⁶³, a jurisprudência e a doutrina não são instrumentos de expressão do Direito, mas úteis à sua compreensão, posição que reflete a tradição jurídica da família romano-germânica para quem a norma escrita, tratado ou lei interna, é a fonte principal.

A decisão dos juizes de países onde prepondera esta tradição, e aí se inclui o Brasil, sempre procura submeter-se ao texto da lei, embora cientes de que ela não pode prever todas as situações.¹⁶⁴

Ocorre que o conjunto de decisões reiteradas e os amplos repositórios de decisões passam a ter influência em julgamentos de casos semelhantes. Isto caracteriza, de uma certa forma, um papel criador do Direito.

Nestes sistemas há, inclusive, mecanismos de uniformização de jurisprudência. As decisões são normalmente motivadas e muitas vezes se reportam a decisões judiciais anteriores. Os juizes nem sempre se vinculam à decisão anterior. Não existe o precedente obrigatório.

Esse tema é importante para o objeto dessa pesquisa, e não cabe, portanto, a generalização doutrinária. Há casos em que os juizes se defrontam não com normas, mas com princípios gerais de direito internacional, cuja própria estruturação normativa revela que eles não explicitam os fatos sociais aos quais se aplicam, mas os constroem com base em categorias genéricas, representativas de um comportamento social esperado. E os princípios gerais de Direito:

[...] estão impregnados de um fundamento ético de ordem, de justiça e de razão, que são fundamentos da civilização jurídica a que pertencem os Estados-

¹⁶¹ Segundo REZEK (op. cit., 1998, p.137) estes quatro elementos são instrumentos de interpretação e de compensação.

¹⁶² “d) sob a ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para determinação das regras de direito”.

¹⁶³ REZEK, op. cit., 1998, p.146.

¹⁶⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 118.

membros.¹⁶⁵

Ao serem enunciados pela jurisprudência, refletem um valor compartilhado por aquele sistema de Direito, traduzido então na construção normativa jurisprudencial.¹⁶⁶

Franceschini da Rosa quando refere-se à Corte de Justiça das Comunidades Europeias diz que esta função se constitui em fonte de validação das regras de Direito.

3.2 Doutrina

A doutrina, tal como constava originariamente do Estatuto da Corte de 1920, "era, (...), a expressão de um pensamento eurocêntrico, em regra preconceituoso e colonialista".¹⁶⁷

Com a evolução científica, política e tecnológica, muitos doutrinadores como José Francisco Rezek, Luiz Olavo Batista, Vicente Marotta Rangel, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, oriundos de países em desenvolvimento ou ainda periféricos, obtêm destaque em assuntos internacionais. Esses doutrinadores conseguem grande respeitabilidade. As obras dos juristas que freqüentam as listas de árbitros de tribunais internacionais¹⁶⁸, como Hélio Faraco de Azevedo, João Grandino Rodas, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Luis Gonzales Arias, Antônio Fernández Gadea, Ricardo Rodriguez Silvero, razão pela qual são listados como árbitros para o Tribunal *ad hoc* do Mercosul, se impõem com uma obra de significativa importância.

Considerando a extensa lista das autoridades jurídicas em todos os continentes, para adotar uma obra como referência doutrinária, há que considerar vários elementos. Para que possa ser utilizada como mecanismo de interpretação é necessário poder vinculá-la à respeitabilidade do elaborador, sua experiência, sua pesquisa e seu envolvimento com o assunto de que se está tratando.

¹⁶⁵ ROSA, op. cit., 1998, p. 152.

¹⁶⁶ Id. Ibid., p. 152.

¹⁶⁷ REZEK, op. cit., p.149.

¹⁶⁸ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/mercosul/Outros/Arbitros.html>>. Acesso em 24/10/2002.

3.3 A Analogia

Em caso de inexistência de norma ou de inadequação para resolver um caso concreto de forma justa, utiliza-se a analogia fazendo valer a norma jurídica a ser aplicada em situação semelhante. O raciocínio segue um método de compensação integrativa. A prática tem suas limitações: não se pode restringir, por exemplo, os valores e instituições basilares da sociedade internacional, tal como a soberania.¹⁶⁹

Rezek afirma que raramente os tribunais utilizam esse recurso para decidir sobre o direito das gentes.¹⁷⁰

3.4 A Equidade

Quando há insuficiência da norma ou a previsão normativa existente traz ao caso concreto uma solução inaceitável pelo senso de justiça do intérprete, ele aplica a equidade.¹⁷¹

Todas essas normas, conceitos e classificações até aqui apresentados servirão de subsídios para se analisar, no próximo capítulo, o instituto do princípio da boa-fé.

¹⁶⁹ REZEK, op. cit., 1998, p.150.

¹⁷⁰ Id. Ibidem, p.140.

¹⁷¹ REZEK, op. cit., 1998, p.141.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO DO MERCADO COMUM

4 O PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO DIREITO INTERNACIONAL

O princípio jurídico da boa-fé, em sua acepção objetiva, enquadra-se na modalidade de princípio geral de Direito Internacional, com história, funções e características. É também considerado um método de interpretação e aplicação das normas. É o que se depreende dos textos teóricos que além disso servirão de subsídios para a análise das propostas desse capítulo.

A execução de boa fé deveria ser definida como a que exclui toda a tentativa de fraude à lei, toda a astúcia, e exige, positivamente fidelidade e lealdade aos compromissos assumidos. Seja como for, uma definição é forçosamente abstracta; ela deve ser clarificada pela prática.¹⁷²

A boa-fé no sentido objetivo, pode ser entendida como norma de conduta; em sentido subjetivo quer dizer consciência e convicção de se ter um comportamento conforme ao direito. Distingue-se, pois, entre o princípio da boa-fé e o estado ou situação de boa-fé.¹⁷³

4.1 O Princípio Geral da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Internacional

A CVDT faz inúmeras referências à boa-fé, e de várias maneiras, quer em sua exposição de motivos quer nos arts. 26 e 31, quando repete textualmente a expressão.¹⁷⁴

Conceituar¹⁷⁵ o princípio geral da boa-fé, de maneira a sintetizá-lo é tarefa árdua por ser impossível representar totalmente o objeto pelo pensamento e por palavras. De origem consuetudinária, é preciso reconhecê-la por suas características gerais. Os textos conceituais são o melhor guia.

¹⁷² DINH; DAILLER; PELLET, op. cit., 1992, p.200.

¹⁷³ COSTA, op. cit., 1984, p. 78.

¹⁷⁴ “Exposição de motivos: [...] Observando os princípios do livre convencimento e da boa-fé [...]”

“Art. 26 - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”

“Art. 31 - O tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”.

¹⁷⁵ Conceito é a forma mais simples do pensamento, em oposição ao juízo e ao raciocínio (BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1984).

A boa-fé no sentido objetivo, como norma de conduta; em sentido subjetivo quer dizer consciência e convicção de se ter um comportamento conforme ao direito. Distingue-se, pois, entre o princípio da boa-fé e o estado ou situação de boa-fé.¹⁷⁶

A norma principal da boa-fé, expressa ou implícita na lei, é uma norma em branco, cujo preceito ordenador da conduta deve ser fixado na espécie.¹⁷⁷

A disposição que remeta para a boa-fé não tem ela própria, um critério de decisão: a interpretação tradicional de tal preceito não conduz a nada. Na sua aplicação, o processo subsuntivo torna-se impossível.¹⁷⁸

Estes conceitos sintetizam a concepção que esse trabalho adota sobre o instituto. Mas há outros pontos de vista. Muitos autores preocuparam-se em analisá-lo.

Nguyen Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet dizem que o

princípio da boa-fé eleva-se ao nível de uma instituição reguladora do conjunto das relações internacionais. Ganha particular relevo no direito dos tratados. De acordo com uma fórmula geral da Convenção de Viena (art. 18), executar de boa fé significa: [...] abster-se dos actos que privem um tratado do seu objeto ou do seu fim.¹⁷⁹

É uma concepção demasiado ampla e em consequência demasiado vaga, por não caracterizar suficientemente seu corolário: a má fé.

A execução de boa fé deveria se definida como a que exclui toda tentativa de fraude á lei, toda a astúcia, e exige, positivamente, fidelidade e lealdade aos compromissos assumidos. Seja como for, uma definição é forçosamente abstracta; ela deve ser clarificada pela prática.¹⁸⁰

Mesmo que reconhecida e positivada, a boa fé não pode ser conceituada em síntese. Traduz-se em uma regra de conduta que é imposta ao sujeito e não teremos uma definição legal. Existe uma situação em que não possui conceito próprio, não opera como um conceito comum, mas é simplesmente uma criação do Direito e sobrevive como construção doutrinária, a qual depende do momento juscultural em que é aplicada.

¹⁷⁶ COSTA, op. cit., p. 78.

¹⁷⁷ AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. P. 242

¹⁷⁸ CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p.42.

¹⁷⁹ DINH; DAILLIER ; PELLET, op. cit., 1992, p.200.

¹⁸⁰ DINH; DAILLIER ; PELLET, op. cit., 1992, p.200.

A natureza histórica do conteúdo da boa-fé pode ser traduzida pelas palavras de Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, quando afirmam que ela “traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sociojurídica”¹⁸¹. Isto significa que ela depende do grau de cultura e dos estágios de desenvolvimento e conhecimento de uma ordem social e jurídica. Foi citada em manifestações do Congresso dos Estados Unidos da América em 1776, o qual, após a declaração de sua independência, constituiu o Congresso Continental que nomeou uma comissão para elaborar um projeto de tratado de amizade e paz a ser proposto ao Rei da França. Em de 18 de julho de 1776, o Congresso concedeu plenos poderes à missão diplomática para negociar o tratado com a Corte de Versalhes, prometendo que seria ratificado de boa-fé.¹⁸²

A expressão - boa-fé - aparece, também, por ocasião do acordo entre Brasil e Bolívia, no Tratado de Petrópolis, que decidiu a anexação do território boliviano, hoje Estado do Acre, após negociações que vinham se desenvolvendo desde 1867. Em 1882, foi renovada a obrigação de o Brasil construir uma ferrovia em troca do território concedendo à Bolívia alguns direitos sobre ela¹⁸³. A edificação da estrada de ferro não possuía prazo certo para sua realização, foi “deixada à boa-fé do Brasil, que se estou certo se empenhará, por isso mesmo, em cumprir o prometido”¹⁸⁴.

Enquanto princípio positivado a boa-fé foi proposta nas Conferências de Haia de 1907¹⁸⁵; no Pacto da Liga das Nações¹⁸⁶; na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (publicada em 1980)¹⁸⁷; na Carta da ONU, de 1945¹⁸⁸; na

¹⁸¹ CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p.18.

¹⁸² MEDEIROS, op. cit., 1995, p. 41.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos políticos da história do Brasil. Exposição de motivos do Ministro Rio Branco, 27 dez. 1903, ao Tratado de Petrópolis (Anexação do Acre). Disponível em <http://www.cebola.org.br/txtpolit/socio/vol3/c-134_02.html> Acesso em 30 ago. 2002, p.125.

¹⁸⁴ Id. Ibid. Este tratado é citado por ACCIOLY; SILVA, op. cit., 1998, p.125, mas não define o conteúdo da boa-fé.

¹⁸⁵ “Artículo 37 - Al arbitrage internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los estados por medio de Jueces de su elección y sobre la base del respecto del derecho. El Convenio de arbitrage implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral” (SCOTT, op. cit., 1916, p.55).

¹⁸⁶ Art. 13, 4 - “Os Membros da Liga comprometem-se a executar de boa-fé as sentenças proferidas e a não recorrer a guerra contra nenhum Membro da liga que com ela se conformar. Em caso de não execução da sentença, o Conselho proporá as medidas que lhe devam assegurar o efeito”.

¹⁸⁷ A CVDT, em sua exposição de motivos, “[...] Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra do *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos [...]”. Art. 26: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Art. 31. “O tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”.

Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU de 1970¹⁸⁸; na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10/12/1982 (Jamaica)¹⁸⁹, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992¹⁹¹; na Carta da OEA¹⁹², assinada em 30/4/58 (Bogotá); na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais¹⁹³, de 1986; no Acordo de Parceria entre os Estados de África, das Caraíbas e do Pacífico e a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros¹⁹⁴.

Cançado Trindade, que muito argumentou para fazer reconhecer o instituto faz outras referências quanto a sua aplicação lembrando que, “já na década de cinquenta se tentava identificar exemplos de princípios gerais do Direito, reconhecidos pelas chamadas nações civilizadas, tais como o princípio da boa-fé, o princípio da *res judicata* [...]”¹⁹⁵.

Luis Roberto da Silva enumera os princípios gerais de direito, reconhecidos como fontes não escritas de Direito Comunitário que o TJCE formulou:

¹⁸⁸ Art. 2.2 “Todos os membros, a fim de assegurarem, para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de membros, deverão cumprir de **boa-fé** as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta” (AZEVEDO, op. cit., 1982, p.1).

¹⁸⁹ A Declaração de 1970 (adotada por unanimidade na 25ª Assembléia Geral, Genebra), composta de um preâmbulo dos sete princípios, consagra no sétimo “a **boa-fé** no cumprimento das obrigações internacionais”, ressaltando que eles estão inter-relacionados e constituem-se nos princípios básicos do direito internacional (TRINDADE, op. cit., 1981, p. 70).

¹⁹⁰ A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10/12/1982 (Jamaica) entrou em vigor em nível internacional em 16 de novembro de 1994. Foi aprovada pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo n. 5, de 9/11/87) e ratificada a 22 de dezembro de 1988; promulgada pelo Decreto 99.165, de 12/3/1990. Pelo Decreto 1530, de 22 de junho de 1995, foi declarada a sua entrada em vigor (internamente) e Art. 138 - “Comportamento geral dos Estados em relação à área deve conformar-se com as disposições da presente parte, com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas e com outras normas de direito internacional [...]”. Nas suas Disposições Gerais – art. 300 - **Boa-fé** e abuso de Direito, dispõe que: “Os Estados-partes devem cumprir de **boa-fé** as obrigações contraídas nos termos da presente Convenção e exercer os Direitos, jurisdição e liberdade reconhecidos na presente convenção de modo a não constituir abuso de direito”.

¹⁹¹ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, estabelece no Princípio 19 que: “Os Estados devem prover, oportunamente, a Estados que podem ser afastados, notificação prévia e informações relevantes sobre atividades potencialmente causadoras de considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e devem consultar-se com estes tão logo quanto possível e de boa fé.”

Logo adiante, no Princípio 27 propõe que: “Os Estados e Povos devem cooperar de **boa-fé** e imbuido espírito de parceria para a realização dos princípios consubstanciados nesta Declaração, e para o desenvolvimento progressivo do Direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável”.

¹⁹² Estabelece em seu art. 3º: “Os Estados Americanos reafirmam os seguintes princípios: [...] c) a **boa-fé** deve reger as relações dos Estados entre si”.

¹⁹³ Na Seção 1 – Observância de Tratados, artigo 26 e - Regra Geral da Interpretação, art. 31.

¹⁹⁴ Assinado em Cotonou, em 23 de junho de 2000, denominado de Acordo de Cotonou, estabeleceu no art.5, ii, que a pedido de qualquer das Partes, serão iniciadas as negociações com os Estados ACP tendo vista a conclusão, **de boa-fé** e respeitando as normas aplicáveis do direito internacional, de acordos bilaterais que regulem as obrigações específicas em matéria de readmissão e de repatriamento dos seus nacionais.

¹⁹⁵ TRINDADE, op. cit., 1981, p. 8.

a) modalidades de responsabilidade extra contratual da EU por danos causados por suas Instituições ou seus agentes

- a) princípio da legalidade dos atos administrativos
- b) princípio da proporcionalidade
- c) princípio da segurança jurídica
- d) princípio da boa-fé
- e) princípio da igualdade e proibição de discriminações
- f) direito de defesa
- g) direitos fundamentais.¹⁹⁶

O que demonstra o reconhecimento do princípio pela jurisprudência dos órgãos de soluções de controvérsias que servem de referência pela importância de suas decisões.

Para complementar, diz Larenz:

[...] la salvaguarda de la buena fé y el mentenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual. Por esto el principio no puede limitar-se a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por lo tanto, em el Derecho de cosas(2), em el Derecho procesal (3) y em el Derecho público (4).¹⁹⁷

O autor defende, portanto, uma larga aplicação do instituto da boa-fé que pode contribuir no âmbito de todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito público.

Francisco Rossal de Araújo¹⁹⁸, sem referir-se expressamente ao Direito Internacional, reforça a idéia de que “o princípio geral da boa-fé está entre aqueles macroprincípios, segundo os quais todo o ordenamento jurídico se embasa. Esses princípios constituem as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica”.

Há que identificar, também, a diferença entre os seus aspectos principais.

¹⁹⁶ SILVA, Roberto Luis. *Direito Comunitário e da Integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.78.

¹⁹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. Versión de Jaime Santos Briz. p.145.

¹⁹⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996. p.15. “Embora seu nascedouro esteja no Direito Privado, a abrangência da boa-fé tem proporcionado enormes avanços à ciência do Direito como um todo. Cada vez mais a doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre o tema, dentro dos mais variados aspectos, no sentido de encontrar aplicabilidade imediata para problemas concretos”.

4.2 A Distinção entre o Princípio Geral da Boa-Fé Objetivo e a Boa-Fé Subjetiva

O princípio geral da boa-fé, do ponto de vista objetivo, como instituto do ordenamento jurídico internacional, não pode ser igualado com a boa-fé subjetiva.¹⁹⁹

É necessário evitar a confusão entre o ‘ser ideal’²⁰⁰ como mundo do psíquico²⁰¹, e os conceitos oriundos da Filosofia do Direito.

Para se fazer esta distinção, é também preciso superar o debate entre as questões da estimativa e da valoração jurídica baseadas nos postulados da escola racionalista do direito natural, que foi confrontada pelo empirismo²⁰². Para conseguirlo, Luis Recasens Siches garante que é necessário retificar, negar e também conservar parte de cada uma delas.²⁰³ Segundo ele, a raiz da estimativa jurídica é um *a priori*, que não procede da experiência externa, nem se funda nela. Mas este *a priori* pode ser subjetivo²⁰⁴, uma especial configuração da mente: uma idéia seria *a priori* porque estaria em mim realmente como uma espécie de aparato de disposição psicológica.

Inversamente, se este *a priori* é objetivo²⁰⁵, então alguns princípios ideais terão validade em si mesmos, independente do caso fortuito de eu pensar ou não, ou de pensar correta ou incorretamente; assim sendo, sua verdade, sua validade não teria apoio num fato psicológico, mas seria puramente ideal.

A doutrina objetivista admite os valores jurídicos, tais como os princípios da lógica, da moral, da justiça, como idéias com validade necessária e objetiva, independente dos atos psíquicos através dos quais se consiga contacto com elas.²⁰⁶

Caberia dizer que os valores os quais se fundam as idéias objetivistas, adquirem sentido na relação com o sujeito, isto é, com o contexto de sua vida. Portanto, o sentido dos valores e as demandas normativas que delas fluem, tem que estar em necessária relação com as estrutura das funções da vida humana em geral, e com

¹⁹⁹ CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.24.

²⁰⁰ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1978, p. 57. Diz o autor que, “tradicionalmente, o mundo do ideal foi confundido com o mundo do psiquismo [...] o ato psíquico mediante o qual penso um número, um princípio lógico ou qualquer outra idéia, é um ato real de meu psiquismo, que existe distanciado de um tempo concreto. Ao inverso, a idéia pensada tem uma consistência própria e independente do ato de pensá-la” [tradução do autor desta pesquisa].

²⁰¹ Id. Ibid., 1978, p.57. “Hay que evitar cuidadosamente el error de que se confunda el Ser ideal com el mundo de lo psíquico” (tradução do autor desta pesquisa).

²⁰² O empirismo sustentava que a fonte originária de todas nossas idéias é a experiência, tendo como representantes Locke e Hume.

²⁰³ Siches, op.cit., 1978, p. 391-392.

²⁰⁴ Id. Ibid., p. 392.

²⁰⁵ Id. Ibid., p. 392.

²⁰⁶ Siches, op.cit., 1978, p. 400.

as concretizações destas em cada situação.²⁰⁷

Neste texto o autor deixa claro que a estimativa de valor jurídico se dará de acordo com a posição do sujeito diante de uma situação concreta.

A boa-fé subjetiva está relacionada com a estimativa jurídica *a priori*, com característica psicológica, isto é, interna ao agente.

O princípio geral da boa-fé objetivo, por outro lado, está relacionado com o *a priori* objetivo. Para sua orientação, o intérprete deve considerar o sujeito da relação jurídica, levando-se em conta um contexto ideal, externo, mas ao qual ele está vinculado.

No âmbito jurídico, a distinção é feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁰⁸:

- a) a boa-fé subjetiva é uma qualidade do sujeito e decorre de seu estado de consciência frente aos fatos e ao Direito, que lhe permite a crença de estar agindo conforme as prescrições legais e que tem efeitos múltiplos em todos os ramos do Direito.
- b) a boa-fé objetiva, que é um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade.

Quando trata do aspecto subjetivo, Martins-Costa²⁰⁹ diz que a boa-fé “denota estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte)²¹⁰ em conformidade com o Direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória”. Já Aguiar Júnior considera a boa-fé subjetiva uma qualidade do sujeito que decorre de seu estado de consciência diante dos fatos e do Direito, o que lhe permite a crença de estar agindo em conformidade com as prescrições legais. nessas condições elas tem efeitos múltiplos em todos os ramos do Direito.²¹¹

Antônio Manoel da Rocha e Menezes e Cordeiro²¹² esclarecem que a boa-fé psicológica e ética, ambas vertentes da boa-fé subjetiva, representam,

²⁰⁷ Id. *Ibid.*, p. 404.

²⁰⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado. A proteção do consumidor no Brasil. In: *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.18.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 19, jul./set. 1998.

²¹⁰ A palavra colocada entre parênteses é da responsabilidade do autor desta pesquisa.

²¹¹ MARQUES, Cláudia de Lima. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.18.

²¹² CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.24.

respectivamente, um estado fático de mera ignorância e um estado de ignorância valorado pelo Direito.

A boa fé subjetiva é uma qualidade do sujeito, está em harmonia com o estado de consciência das pessoas, cuja ignorância a respeito de certos fatos é valorizada pelo Direito, para os fins específicos da situação regulada. Ela protege aquele que tem consciência de estar agindo dentro das normas, apesar de a realidade ser outra. Conclui-se, pois, que em sentido subjetivo, a boa-fé quer dizer consciência e convicção de se ter um comportamento em conformidade com o Direito; trata-se de estado ou situação de boa-fé.²¹³

Há um fato de importância internacional no contexto da guerra na Iugoslávia, quando a Organização do Tratado do Atlântico Norte - OTAN - reconheceu que um avião F-16 bombardeou, por equívoco, um comboio de refugiados civis que confirma perfeitamente esta teoria: “O porta-voz da OTAN, Jamie Shea, declarou para jornalistas da Folha de São Paulo que ‘ele’ (o piloto) lançou a bomba com boa-fé”²¹⁴

O representante da OTAN interpreta a ação do piloto, analisando o seu aspecto psicológico, suas intenções. Refere-se, pois, ao elemento subjetivo, à representação mental da licitude ou ilicitude de sua conduta, numa determinada situação de fato.

Quando emitiu sua opinião, o porta voz da OTAN não fez uma análise da realidade objetiva, isto é, se naquelas circunstâncias de tempo, modo, local, estava ou não o piloto militar agindo com lealdade, correção, como deveria agir uma pessoa diante de uma situação concreta, centrado nos méritos da guerra do Kosovo. A análise do comportamento do porta-voz permite concluir que a boa-fé subjetiva tem a ver com o estado emocional relativos do sujeito de direitos.²¹⁵

Em outro exemplo, Accioly e Silva afirmam que o tribunal pode ser excusado de responsabilidade se cometeu o erro julgando ou interpretando, mas “procedeu de boa-fé”²¹⁶ Os autores referem-se à avaliação psicológica dos julgadores? Ao seu estado de consciência? Às suas intenções? Ou referem-se à ação em condições objetivas, concretas, mediante uma situação de fato determinada? Eles não o

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 19, jul./set. 1998.

²¹⁴ MUNEIRO, Lilian. *Mais guerra no final do século*. Laboratório de Mídia e Conhecimento - CEHCON. 1999. Disponível em: <Lamco@univali.rct-sc.br>. Acesso em 22 ago. 2002

²¹⁵ CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.24.

²¹⁶ ACCIOLY; SILVA, op. cit., 1998, p. 138.

explicitam, o que é uma razão suficiente para concluir sobre a necessidade de pesquisar exaustivamente sobre o instituto para ser capaz de discernir quando a expressão está sendo usado num ou noutro sentido. Distinguí-las não é tarefa fácil, pois depende do contexto em que está inserida. Sua compreensão depende da capacidade de interpretação do jurista.

No âmbito do tribunal especial internacional para sentenciar os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, praticados durante a Segunda Guerra Mundial, o juiz emitiu opinião de que “tal como as negociações foram conduzidas por Hitler e Von Ribbentrop, ficou claramente demonstrado que neles não existia boa-fé nem desejo de manter a paz [...] com a invasão da Dinamarca [...]”.²¹⁷ E esse é mais um exemplo da complexidade do instituto.

Entende-se que nesta última situação a expressão a boa-fé, tal como consta dos documentos, é passível de mais de uma interpretação, sendo necessário relacioná-la às intenções psicológicas (vontade) lícitas ou ilícitas, podendo ser compreendida como análise dos sinais exteriores da conduta dos representantes do nacional-socialismo no decorrer de um determinado tempo e dentro de um contexto, de espaço e tempo, em função do que havia sido combinado entre as potências da época. É uma situação, também, que torna possível chegar ao princípio geral da boa fé objetiva, um princípio geral do Direito que exige de todos um comportamento de boa-fé em suas relações recíprocas. Considerando o sistema jurídico global, o princípio regula as relações sociais dos sujeitos e serve de parâmetro para a avaliação de suas condutas.²¹⁸

Ngyen Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet afirmam que o art 5º do Tratado que institui a Comunidade Européia explicita o sentido da obrigação de execução de boa-fé:

²¹⁷ O veredito proferido em 30 de setembro e 1º de outubro de 1945, do Tribunal especial formado pelos Governos do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do norte; o dos Estados Unidos da América; do governo provisório da República Francesa e o da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, se autoconcedeu poderes para julgar os criminosos de guerra cujos delitos não estavam delimitados por zonas geográficas (Disponível em: <<http://sites.uol.com.br/adluna/499-44.htm>>).

²¹⁸ AGUIAR JR, op. cit., 1994, p.239.

Os Estados-membros tomam as medidas gerais ou especiais susceptíveis de assegurar a execução as obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultante dos atos das instituições da comunidade e facilitam-lhes o cumprimento da sua missão.

Os Estados-membros abstêm-se de adotar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos fins do presente Tratado (1992, p.201).

E aduzem²¹⁹: a jurisprudência do TJCE deduz destas disposições tanto uma obrigação de fazer - designadamente, dar andamento a processos jurisdicionais internos - como uma obrigação de não fazer, por exemplo,

[...] não tomar medidas susceptíveis de entravar o funcionamento interno das instituições da Comunidade (processo 208/80 de 15 de setembro de 1981, Lord Bruce of Donington c. Aspend, Rc. 1981, 2219; processo 1373/80, de 20 de outubro de 198, *Commission C. Belgique, Rec.* 1981.2407) ou, mais largamente, susceptíveis de eliminar o efeito útil de uma disposição do tratado (processo 13/77, de 16 de novembro de 1977, *Inn c. ATAB Rec, 1977,2144 - a propósito do artigo 86 do Tratado C.E.*)²²⁰

No aspecto objetivo, é conhecida como um modelo de conduta social, um “standard” ou um protótipo de conduta dirigido às partes, para que se comportem de acordo com os deveres de probidade e lealdade, sempre obrando como deveria obrar um homem reto, considerando o caso concreto. Agir de acordo com o princípio geral da boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação.

Von Thür²²¹ ratifica esta interpretação, afirmando que ela se refere às regras objetivas de honradez do comércio jurídico.

A redação da CVDT é consentânea com a redação dos tratados anteriores²²², pois todos a relacionam a uma situação objetivada de conduta e ao modo de interpretação, sem levar em conta os aspectos psicológicos.

Um caso envolvendo a intervenção militar dos Estados Unidos em Kosovo corrobora com este aspecto objetivo do instituto.

Noam Chomsky, comentando esta intervenção, faz referência à contradição existente entre a Carta da ONU, que proíbe o uso da força que viole a soberania de um Estado, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante o direito

²¹⁹ DINH ; DAILLIER ; PELLET, 1992, P.201-202.

²²⁰ Id. Ibid., p. 201-202.

²²¹ THÜR, Von. *La buena fe en el derecho romano y en derecho actual*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1925, p.337.

²²² Foram referidos vários tratados (convenções, cartas, declarações) no item *O princípio geral da boa-fé no ordenamento jurídico internacional*.

dos indivíduos contra Estados opressores. A possibilidade da intervenção para fins humanitários surge desta tensão.

[...] o direito à intervenção humanitária, se existir, tem como premissa a boa-fé dos que intervêm, e esta suposição está baseada não na sua retórica mas no seu historial, nomeadamente o seu historial de adesão aos princípios do Direito Internacional, das decisões do Tribunal Internacional, etc... É o historial de intervenção e terror do Irão pior do que o historial dos EUA? Ou: Como deveríamos determinar a boa fé de um único país [os EUA] que vetou uma resolução do Conselho de Segurança que convocava todos os estados a obedecerem o Direito Internacional? E que dizemos de seu historial geral? A menos que perguntas como estas estejam presentes na agenda do discurso, qualquer pessoa honesta desconsiderará este discurso como simples lealdade doutrinária.²²³

Este último texto mostra claramente que o autor questiona a conduta dos Estados Unidos, inclusive retroativamente, os fatos históricos que formam sua bagagem de respeito ou desconsideração ao Direito Internacional.

Considerando, a análise da boa-fé deverá considerar as condições objetivas, isto é, sua história, e não a intenção do representante dos EUA e suas implicações psicológicas. Entende-se, pois, que a boa-fé subjetiva, psicológica, é diferente do princípio geral da boa-fé no direito internacional.

4.2.1 A Boa-Fé como Princípio Geral de Direito

Contando com forte carga valorativa, os princípios foram erigidos ao centro do ordenamento jurídico²²⁴ e, por recente hermenêutica, conquistaram o *status* de espécie de norma jurídica, com eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Todos os princípios possuem caráter axiológico e valorativo, só que em escalas distintas. Martins-Costa²²⁵ inclui a boa-fé como ‘princípio de valor’ porque possui uma carga valorativa mais saliente do que os demais²²⁶. Distingue-se, hoje, do ponto

²²³ CHOMSKY, Noam. *Os bombardeamentos atuais*: por detrás da retórica. Disponível em: <http://www.zmag.org/current_bombings.htm>. Acesso em 7 ago.2002.

Ver também: CHOMSKY, Noam. *Pensamento, crítica e criação 70*. Disponível em <<http://www.udc.es/depl1x/cac/sopirrait/sr070.htm#Chomsky>> Acesso em: 7 ago. 2002.

²²⁴ Sobre o assunto, ver BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p.42 e sgs.

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os princípios uniformizadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980*. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoas/Judith>>. Acesso em: 16 mai. 2001.

²²⁶ Id. Ibid. Relata a autora que já antes de expressamente consagrado pela Convenção de Viena o princípio da boa fé vinha sendo aplicado nas relações comerciais internacionais como princípio geral do direito contratual integrante da ‘*lex mercatória*’.

de vista qualitativo, entre regras e princípios, principalmente no que concerne às normas constitucionais. As primeiras contêm um relato mais estrito; os segundos possuem uma abstração maior e inserção destacada no sistema.²²⁷

Para Ronald Dworkin, os princípios são pautas genéricas, aceitam exceções, não são aplicáveis à maneira do tudo ou nada e estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para seu intérprete.²²⁸ É aceito, atualmente, que os princípios aceitam exceções, balanceamento, porque, quando há conflito entre dois ou mais indivíduos ou Estados, nenhum deles é expulso do sistema.²²⁹

O que pode haver é apenas o afastamento momentâneo de um ou outro no quadro *de jogos de princípios* que ora privilegia a decisão de um deles, ora a recusa²³⁰, admite a dimensão de peso ou importância, admite conflitos, levando considerando o peso de cada um deles. A aplicação do princípio se dá mediante ponderação.²³¹ Ocorre que não há um critério que permita, de forma abstrata, antecipar a importância deste ou daquele. A escolha dar-se-á em função do caso concreto. A importância preponderante que se dá a um em detrimento do outro não é, porém, discricionária, pois o intérprete e a autoridade judiciária considerarão não só o princípio de maneira isolada, esvaziado de seu conteúdo, mas inserido no ordenamento jurídico como um todo. É um termo de grande importância. Cançado Trindade, quando analisava a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, de acordo com a Carta da ONU de 1970, dizia que “os princípios encontram-se interrelacionados e constituem princípios básicos do Direito Internacional”.²³²

Os sete princípios contidos neste importante instrumento internacional possuem natureza política, pois tratam da proibição do uso ou ameaça da força, da solução pacífica de controvérsias, da não-intervenção em assuntos internos dos Estados, do dever de cooperação internacional, da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, igualdade soberana dos Estados e da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.

Há várias situações jurídicas de julgamentos de casos concretos, em que os

²²⁷ BONAVIDES, op. cit., 2002, p.256, especialmente o Cap. 8: “Dos princípios gerais do Direito aos princípios constitucionais”.

²²⁸ DWORKIN, Ronald apud GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p.192.

²²⁹ GRAU, op. cit., 1991, p.192.

²³⁰ Id. Ibid., p.192.

²³¹ BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p. 63.

²³² TRINDADE, op. cit., 1981, p.70.

intérpretes e aplicadores das regras internacionais deverão fazer a conjugação de alguns princípios, e alguns, dentre eles, deverão ceder espaço ou, inversamente, ter preponderância em relação a outros constantes de um mesmo tratado ou no ordenamento jurídico internacional.

Foi demonstrado que a Carta da ONU, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 organizaram no ordenamento jurídico internacional a proteção dos direitos humanos, os quais, algumas vezes, podem estar em tensão ou contradição com o princípio de não-intervenção em assuntos internos dos Estados.

O exemplo citado sobre a tensão entre a intervenção humanitária *versus* a proibição do uso da força que viola a soberania de um Estado (da não-intervenção em assuntos internos dos Estados) chama a atenção pela ênfase com que vem sendo debatido pelos internacionalistas José Luis Bolzan de Moraes, André Gonçalves Pereira e Fauros Quadros.²³³

Estes estudiosos²³⁴ constatam que a ONU sempre condenou a violação aos direitos humanos e atuou para defendê-los, sem considerar essa atitude um desrespeito ao outro princípio que proíbe a ingerência em assuntos internos dos Estados. Foi editada a Resolução XXIV, de 21 de novembro de 1969, inclusive que considerava o *apartheid* na África do Sul um “crime contra a humanidade”. Segundo Pereira e Quadros, por ocasião da *Guerra do Golfo*, em 1991, quando o Iraque atacou o Kuwait e ocupou parte do seu território, a população curda estava à mercê de um genocídio a intervenção militar e foi autorizada pela ONU sem que tivesse encontrado óbices de nenhum país. Assim, a assistência humanitária legitimaria a intervenção como um direito da comunidade internacional.

O argumento não é aceito Chomsky²³⁵, crítico severo do atual estágio da correlação de forças nas relações internacionais, pois passada a desculpa da Guerra Fria utilizar-se-iam da retórica em defesa da intervenção humanitária com o intuito de afirmar a força militar.

Há ceticismo em acreditar que a intervenção pela via da força armada resolva o problema; ao contrário, aumentaria a violência inclusive porque há uma grande

²³³ MORAIS, José Luis Bolzan. *Soberania, direito humanos e ingerência: problemas fundamentais da ordem contemporânea. O mercosul em movimento. In: LIMA, Deisy de Freitas Ventura (org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.130-150.

²³⁴ PEREIRA; QUADROS, op. cit., 1997, p.263.

²³⁵ CHOMSKY, Noam. *Os bombardeamentos atuais: por detrás da retórica.* Disponível em: <http://www.zmag.org/current_bombings.htm>. Acesso em 7 ago.2002.

quantidade de violações dos direitos humanos, as quais justificariam as ações de qualquer Estado contra outros. É o que defende Chomsky:

[...] com efeito, as violações dos direitos humanos são demasiadamente comuns, e se fosse permissível remediá-las recorrendo ao uso da força externa, nenhuma lei poderia proibir o uso da força por parte de praticamente qualquer Estado contra praticamente qualquer outro. É minha opinião que devem reivindicar-se os direitos humanos e resolver-se as injustiças com outros meios, pacíficos, não abrindo a porta à agressão e destruindo o principal avanço do Direito Internacional que proclama a ilegalidade da guerra e proíbe o uso da força.²³⁶

Esta declaração tem o peso de exigir o seguimento do avanço do Direito Internacional que declara a ilicitude da guerra e exige atuação por meios pacíficos a fim de encontrar uma solução para os problemas desta natureza.

E para consolidar a importância da boa-fé como princípio, ela possui valores que num jogo de confronto entre os demais valores contidos em outros princípios, o da boa-fé é o que remete à análise do caso concreto, dando importância ao que pensa Chomsky a respeito:

Nem os princípios reconhecidos do Direito Internacional e da ordem mundial, nem as solenes obrigações dos tratados, nem as decisões do tribunal internacional em que os mais respeitados comentaristas julgam pronunciamentos, solucionam automaticamente os problemas específicos. Cada caso deve ser considerado nos seus próprios termos.²³⁷

Esta declaração confirma a necessidade de resolver as questões de maneira pragmática. As questões práticas extrapolam os limites teóricos das fontes do Direito Internacional. Nesse sentido destaca-se a importância da boa-fé como princípio, pois é em sua essência um conceito aberto, como modelo de conduta que ressalva a honradez, a confiança e as metas previstas. Aplica-se à totalidade da legislação e dos costumes, nas fontes reais e materiais do Direito (os valores, os órgãos de poder), mas cujo conteúdo será definido caso a caso.

Depois do 11 de setembro de 2001 (data em que foi destruído o *World Trade Center*, de Nova Iorque) acirrou-se a nítida preocupação com a segurança internacional.²³⁸ Esta nova tendência pode influenciar o jurista e o político quando

²³⁶ CHOMSKY, Noam. *Os bombardeamentos atuais: por detrás da retórica*. Disponível em: <http://www.zmag.org/current_bombings.htm>. Acesso em 7 ago.2002.

²³⁷ CHOMSKY, Noam. *Os bombardeamentos atuais: por detrás da retórica*. Disponível em: <http://www.zmag.org/current_bombings.htm>. Acesso em 7 ago.2002.

²³⁸ COIMBRA, Márcio. Mudanças diplomáticas. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 27 nov. 2001. Legislação. “[...] a agenda americana foi forçada a se modificar após as ações terroristas contra o WTC e o Pentágono [...]. os Estados Unidos realizaram certas concessões e voltaram a mediar negociações de paz entre nações em conflito. Em resumo: mudou a forma que o Estado americano interage com a comunidade internacional”.

analisarem uma situação concreta, no ambiente da ponderação. Podem priorizar os princípios de caráter preventivo e a proteção e segurança contra as guerras e conflitos entre Estados e nações.

Em uma circunstância de ponderação entre valores (contidos em princípios) que devem ser respeitados, o jurista poderá voltar-se a tempos mais remotos, optando pelos valores políticos contidos, sem discutir o mérito, por exemplo: a) no acordo de paz conhecido como Paz de Westfália²³⁹ (o princípio da liberdade religiosa dos Estados); b) no princípio da soberania dos Estados, c) no princípio da igualdade entre os Estados. Pode optar até mesmo por valores consagrados pelo cristianismo (valorização do homem como tal, como valor universal). Pode julgar considerando os bens jurídicos protegidos enfaticamente nas últimas quatro décadas, tais como o meio ambiente sustentável e a não proliferação de armas nucleares.

4.2.2 O princípio geral da boa-fé e sua conexão com a cláusula geral da boa-fé

Será tratada aqui a conexão entre os princípios gerais da boa-fé e suas cláusulas gerais²⁴⁰, pois estas viabilizam o ingresso no ordenamento jurídico da carga valorativa contida nos princípios.

As cláusulas gerais, como as caracteriza Martins-Costa²⁴¹, constituem uma técnica que passou a ter importância mais significativa a partir da segunda metade do século passado²⁴², a fim de oferecer resposta a específicos e determinados problemas do cotidiano.

As cláusulas gerais não possuem conceito determinado, pronto e acabado, que seja consensual. São identificadas através de suas características, conforme assevera Martins-Costa:

²³⁹ “A Paz de Westfália trouxe a compreensão de que os Estados deveriam ser unidos na base de princípios formais de coexistência e tolerância mútua e propiciou a difusão da idéia de uma Europa de multiplicidade de Estados independentes” (BEDIN, op. cit., 2001)

²⁴⁰ “[...] os princípios gerais de direito atuam no sentido de dar conexidade e uniformizar valorativamente esse emaranhado de legislação. Em vários casos, esses princípios passam a integrar o ordenamento jurídico positivo através das referidas cláusulas gerais, adquirindo feição expressa na legislação [...]” (ARAÚJO, op. cit., 1996, p.16).

²⁴¹ MARTINS-COSTA, op. cit., 1998, p. 6-7.

²⁴² Id. Ibid., p.17, refere que a mais célebre cláusula geral, no parágrafo 242 do BGB, Código Civil alemão do século passado, técnica que se difundiu nos vários países da *civil law*, a partir do final dos anos 40.

As cláusulas gerais constituem janelas, pontes, avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativo hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios, valores, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada) de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e jurídicas [...].²⁴³

Com esta posição, a autora propõe que as cláusulas gerais permitam aos aplicadores que interpretam o Direito uma ação que viabilize a contemplação de valores não expressos legislativamente. Pois bem, admitido-se que ela permita a vinculação de valores de princípios não expressos, muito mais fácil é considerar que a cláusula geral está apta a consagrar os valores contidos nos princípios já estabelecidos legalmente.²⁴⁴

Von Hippel também faz uma observação pertinente e sustentando que as cláusulas gerais proporcionam guias ou diretrizes que servirão para orientar e cujo conteúdo concreto deverá ser fixado considerando as contingências do caso.²⁴⁵

A doutrina brasileira manifesta-se também através de Aguiar Jr.²⁴⁶ De acordo com ele, a boa-fé é um princípio geral de Direito e que é uma cláusula geral, como tantas outras, do nosso ordenamento (art. 5º das Lei de Introdução do Código Civil, art.159) que serve ao aperfeiçoamento e à integração do sistema e à garantia da vigência e eficácia do princípio da justiça. Portanto, sendo princípio e cláusula geral, permite o trânsito e a consolidação de valores políticos e econômicos no que cerne do ordenamento jurídico.

A estrutura da cláusula geral, por seu lado, pode ser do tipo restritivo (delimita ou restringe, em certas circunstâncias, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regras ou princípios jurídicos); regulativo (regula com base em um princípio, hipótese de fato não casuisticamente prevista em lei); extensivo (amplia determinada regulação jurídica mediante expressa possibilidade de serem introduzidos, no caso em pauta, princípios e regras de outros textos normativos).²⁴⁷ Sua característica marcante é a diferenciada construção normativa,

²⁴³ Id. Ibid., p. 6-7.

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., 1998, p. 6-7.

²⁴⁵ Apud FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El principio general el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984, p.106 [traduzido]: "Von Hippel sostiene que las cláusulas generales proporcionan guias o directivas que servirán de orientación y cuyo contenido concreto deberá fijarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

²⁴⁶ AGUIAR JUNIOR, op. cit., 1994, p.239-242.

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., 1998, p. 9.

isto é, o modo como liga a previsão ou hipótese normativa abstrata com o resultado jurídico que lhe corresponde. É o que diz Martins-Costa:

Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta estatui um modelo jurídico complexo e de significação variável.²⁴⁸

O texto deixa claro o potencial de renovação que se pode imprimir ao Direito, afastando-o do positivismo sem recair no jusnaturalismo, colocando elementos outros que são indispensáveis à compreensão do nível de interligação entre as esferas econômica, jurídica, política e social nesta era da chamada globalização, nova ordem, mundialização ou aldeia global.

O jurista, atuando no Direito Internacional enfrenta uma nova realidade que é a herança do pós-guerra: a dissolução do bloco soviético; o surgimento de novos atores internacionais; os atentados terroristas; a crise do capitalismo mundial, que concentra a riqueza e espalha a pobreza; as manifestações contra a exclusão que resulta deste modelo de globalização, enfim, vive uma realidade complexa, que é necessário considerar no momento da prática diplomática e da resolução judicial dos conflitos.

Os princípios constantes no ordenamento jurídico internacional, já discutidos no capítulo anterior, já devem considerar o meio ambiente, o espaço aéreo, espacial, os rios, os mares, as zonas glaciais, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção em assuntos internos de outros Estados, os aspectos relativos ao desenvolvimento econômico e social e à segurança. São elementos que dizem respeito a fatores básicos das relações sociais, que foram conquistadas da humanidade no decorrer de sua luta por emancipação, e devem estar presentes na decisão do jurista no momento de atuar, negociando ou julgando. Nas palavras de Edgar Morin:

O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. *Complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si [...].²⁴⁹

O pensamento aqui expresso demonstra como podem ser relacionados os fatores políticos, econômicos e sociais no momento de decidir em âmbito

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., 1998, p.6.

²⁴⁹ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários a educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000, p.38.

internacional.

O posicionamento do jurista, portanto, deve obedecer a idéia de mudanças dos paradigmas do Direito Internacional, desde o período clássico, que se ocupava principalmente da guerra e da paz, até ser aquela considerada ilegal (como o pacto Brian-Kellog), passando pela defesa da cooperação, da solidariedade e do desenvolvimento, condições necessárias à paz e à segurança internacionais.

A introdução de temas considerados do Direito Internacional novo ou moderno, tais como meio ambiente, desenvolvimento econômico, direitos do homem, com preocupações de caráter científico, técnico, cultural, social, significa que existe um novo substrato de preocupações com a cooperação e a solidariedade. Elas aparecem na normatividade e devem ser consideradas na hora de decidir.

O princípio da boa-fé não é, entretanto, aplicável indiscriminadamente a toda e qualquer área de conhecimento. Antes, é um guia capaz de fundamentar posições jurídicas alicerçadas numa nova hermenêutica do Direito Internacional, cujos referenciais teóricos formam e conduzem a uma realidade complexa, que não pode se contentar com abstrações, mas deve ajudar nas decisões de litígios nas mais variadas contingências que o jurista terá que enfrentar.

Assim, a boa-fé, como cláusula geral, recebe e realimenta o conteúdo do valor contido no princípio geral e garante argumento jurídico quando se sustentam posições que implicam mesclando inúmeros elementos, entre eles o econômico, o político, o social, o cultural e o tecnológico.

4.3 As funções do princípio da boa-fé

As funções do princípio da boa-fé dependem das finalidades propostas a) servir como norma de interpretação e integração; b) servir para a criação de deveres secundários de conduta ou fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões para as partes contratantes, c) impor limite ao exercício de posições jurídicas.²⁵⁰

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p.15.

4.3.1 A boa-fé como método da aplicação, integração e interpretação das normas internacionais

Por ocasião do processo de interpretação das normas, quando não se consegue encontrar uma solução aplicando o suporte normativo de um preceito em uma hipótese concreta, surge a possibilidade da integração.²⁵¹ Nestes casos, o aplicador do direito se dá conta de que, para atender a um princípio de justiça é preciso buscar no direito positivo uma norma que contemple o caso concreto, embora inexista uma norma que atenda, com precisão, as necessidades do julgamento.

O art. 31.1 da CVDT²⁵² estabelece a obrigatoriedade da boa-fé para o exercício de interpretação. Tendo ficado estabelecido que o princípio da boa-fé objetivo não possui um conceito próprio, não será possível ao intérprete ter em mão uma solução prévia, mas somente um critério para a valorização do fato em julgamento. É o que também entende a doutrina.

Pereira e Quadros afirmam que a principal regra de interpretação é a boa-fé, segundo a qual os tratados são negócios *bona fide* e devem ser interpretados de forma a excluir a fraude.²⁵³

Gutiérrez Espada²⁵⁴ também afirma que o privilégio da boa-fé poderá ajudar a alcançar uma interpretação razoável e não abusiva.

Para corroborar com estes posicionamentos, Couto e Silva argumenta que a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia²⁵⁵, e reforça esse argumento, dizendo que:

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no 'hortus conclusus' do sistema do positivismo jurídico 'janelas para o ético'.²⁵⁶

²⁵¹ BASTOS, op. cit., 1998, p.69.

²⁵² CVDT. Art. 31, I. - Regra geral de interpretação - "um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade" (RANGEL, op. cit., 1997, p.310).

²⁵³ PEREIRA; QUADROS, op. cit., 1997, p.241.

²⁵⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, op. cit., 1995, p.451.

²⁵⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo, tese para concurso da cadeira de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio grande do Sul*. Porto Alegre, 1964, p.43.

²⁵⁶ Id. Ibid., p.44.

Com estas referências, é possível dizer que há uma relação muito próxima entre o princípio da boa-fé e a interpretação integradora referida na doutrina de Celso Bastos.²⁵⁷ O conteúdo da norma de dever que deriva do princípio da boa-fé não adviria da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.

Já foi argumentado que as “regras como a boa-fé não representam nenhuma regra de Direito legislado, mas ponto de partida para a formação concreta de normas jurídicas. Os comentários dizem a verdade: que a norma aqui não é encontrada interpretativamente através do princípio, mas sim obtida por síntese judicial”.²⁵⁸

Esta mesma posição é adotada por Aguiar Jr.²⁵⁹, o qual diz que a norma principal da boa-fé, expressa ou implícita na lei, é uma norma em branco, cujo preceito ordenador da conduta deve ser fixado na espécie. Portanto o método de interpretação das normas, que se adapta e é condizente com a interpretação de acordo com a boa-fé, está relacionado às funções das cláusulas gerais, as quais permitem a criação da norma pelo juiz.

E quando houver conflito de princípios, “com a aplicação do princípio da boa-fé outros princípios, havidos como absolutos, serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética”.²⁶⁰

Pelo mesmo motivo são repetitivas as intervenções doutrinárias sustentando que a interpretação dos textos legais, por raciocínio formalista de caráter lógico-dedutivo, com apoio, que se baseava na mera subsunção do fato à norma (que é o estilo de julgar da escola de exegese) não mais tem lugar na aplicação da boa-fé.

Cláudia de Lima Marques²⁶¹, quando analisa o método da subsunção, propõe duas variantes: a primeira mais exigente com o aplicador e com as normas mais estáticas; a segunda seria com dinamicidade na norma e menos participação do aplicador. A conclusão é que não há diferença básica entre o método de subsunção e o aspecto lógico-dedutivo.

O conteúdo do princípio da boa-fé é de criação doutrinária e jurisprudencial, não estando numa norma que possua o *tatbestand* (hipótese, pressuposto de fato, *facti species*), à qual estão ligadas consequências práticas, ou seja, os efeitos por ela

²⁵⁷ BASTOS, op. cit., 1998, p.69.

²⁵⁸ ESSER apud CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.43.

²⁵⁹ AGUIAR JR, op. cit., 1994, p. 242.

²⁶⁰ COUTO E SILVA, op. cit., 1980, p. 44.

²⁶¹ Em conferência proferida no Curso de Pós-graduação em Direito Civil na Universidade de Passo Fundo, no dia 18 de junho de 1993.

prescritos. Razão pela qual não pode ser aplicada com o método da subsunção.²⁶² Almeida Costa²⁶³ concorda com este aspecto do conceito, acrescentando que a cláusula geral apenas representa a expressão gramatical dos princípios normativos correspondentes, já que o princípio da boa-fé não fornece ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos.

As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados (*unbestimmte Rechtsgriffe*) destinam-se a conferir ao juiz, como operador jurídico, ampla margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto.²⁶⁴

Nem mesmo a codificação interna dos países (oriunda de um só centro normativo - Estado) sustenta a idéia de completude e plenitude. Faz-se ainda mais necessário considerar que a descentralização das esferas normativas internacionais não permite que se compreenda a legislação de forma sistemática, fechada em si mesmo.

Nestas circunstâncias, o magistrado, em vez de ficar preso à letra fria da lei, recebe uma ordem para compor a regra do caso que carece de normatividade, devendo fazer um raciocínio e levar em consideração elementos além do limite jurídico, ultrapassando, pois, o positivismo.

Esta afirmação permite a defrontação com a dinamicidade, com a dialética, com a realidade em constante mutação que o jurista vai enfrentar ao decidir questões de caráter internacional, não podendo ficar preso a categorias doutrinárias que não enfrentem a mobilidade do mundo dos fatos e do mundo do Direito.

O mais importante é direcionar a pesquisa ao instituto da boa-fé, e não na insuficiência do método da subsunção. Estes institutos (cláusulas gerais, conceitos indeterminados), associados à teoria do pós-positivismo e a normatividade dos princípios representam uma técnica adequada à nova realidade e que depara com inúmeros órgãos emanadores de normatização em âmbito internacional. Nestes casos, pode o jurista encontrar as fontes materiais, reais, tais como os valores, as estruturas de poder, os fatos sociais para incluir nas suas análises.

Ficou demonstrado que não são poucos os reflexos do reconhecimento pleno deste instituto. A própria razão de ser da boa-fé é relevante porque o seu conteúdo será composto caso a caso, seguindo orientação doutrinária com a devida

²⁶² MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p.15.

²⁶³ COSTA, op. cit., 1984, p.79.

²⁶⁴ Id. Ibid.

fundamentação, sem traço de arbitrária.²⁶⁵

O método de aplicação, interpretação e integração através do princípio da boa-fé implica a superação da teoria tradicional que colocava o Estado como única fonte de Direito e de Poder, seguido de uma rígida tríplice divisão de suas funções, trazendo consigo o mito racionalista de que a lei é a expressão máxima da razão, situada no ordenamento jurídico completo e auto-suficiente.

4.3.2 A criação de deveres secundários de conduta ou fonte autônoma de direitos, deveres, pretensões às partes

Como resultado da abrangência da aplicação da boa-fé, os deveres secundários são uma das categorias mais importantes, que podem atuar em toda a relação jurídica. Podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da relação jurídica principal.²⁶⁶ Os deveres de afastar danos, de proteção, cooperação, de não realizar concorrência desleal e de assistência permanecem.

Martins-Costa diz que é “da boa-fé que nascem [...] os deveres anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; [...]”²⁶⁷

Neste contexto cabe citar novamente o texto de Dinj, Daillier, Pellet. Esses autores afirmam que

[...] a jurisprudência deduz destas disposições tanto uma obrigação de fazer - designadamente dar andamento a processos jurisdicionais internos - como uma obrigação de não fazer, por exemplo o de não tomar medidas susceptíveis de entravar o funcionamento interno das instituições da Comunidade²⁶⁸ ou, mais largamente, susceptíveis de eliminar o efeito útil de uma disposição do tratado.²⁶⁹

O texto traz referência a um padrão de conduta, isto é, impedir de qualquer forma que não se atinja a finalidade do tratado. Veja-se que não há uma listagem de

²⁶⁵ É o entendimento de AGUIAR JR., op. cit., 1994, p. 243.

²⁶⁶ Sobre o assunto, consultar COUTO E SILVA, op. cit., 1980.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., 1998, p.15.

²⁶⁸ Id. Ibid., p. 201-202 (Processo 208/80, de 15 de setembro de 1981, Lord Bruce of Donington c. Aspend, Rec. 1981, 2219; processo 1373/80, de 2 de outubro de 1981, *Commission C. Belgique*, Rec. 1981.2407).

²⁶⁹ Id. Ibid., p.201-202 (Processo 13/77, de 16 de novembro de 1977, Inn c. ATAB. Rec. 1977, 2144 - a propósito do artigo 86 do Tratado C.E).

ações e condutas proibidas e permitidas, mas sim uma norma de comportamento a ser seguida.

O Direito Internacional situa-se num quadro de ausência de poder supranacional, centralizado, sem monopólio da força física legítima nem órgãos para implementá-lo. Mas isso não significa que os Estados não têm limites em suas relações com os demais Estados, organizações internacionais e indivíduos.

A tese do realismo político²⁷⁰, em que as relações internacionais são estadocêntricas, baseadas em interesses opostos e conflitivos, definidos em termos de poder com distintas esferas entre política externa e interna, não consegue explicar integralmente a complexidade do momento atual. O Direito Internacional não é puro reflexo do econômico e do político em relações internacionais, mas uma realidade que se constrói influenciando-a e influenciada por ela, em termos dialéticos.

Neste contexto, a sociedade internacional adotou para si um conjunto de normas²⁷¹, compostas pelos princípios e demais regras²⁷², em que estão embutidas as idéias de coordenação ao invés de soberania; solidariedade e cooperação em lugar de paz e guerra, o que pode se tornar efetivo com a ajuda da intervenção judicial dos tribunais internacionais.

Estas concepções de cooperação internacional no terreno político e econômico que se aparecem pela primeira vez no art. 13 da Carta da ONU²⁷³, e estão presentes nas convenções posteriores podem vir a ser concretizadas, caso sejam adotadas a concepção de tratado-constituição e uma nova hermenêutica comprometida com valores que orientam a ação humana, que reconheceria que não é a norma que determina a obrigação, mas a decisão emitida pelos tribunais internacionais.

O efetivo respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável, aos aspectos integracionistas regionais são situações que também exigem uma nova hermenêutica, comprometida em orientar a

²⁷⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais e globalização: grandes desafios. In: BEDIN, Gilmar Antonio. *Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexes e possíveis desdobramentos*. Ijuí: UNIJUÍ, 1998, p.80.

²⁷¹ PEREIRA; QUADROS, op. cit., 1997, p.283.

²⁷² ALXEY apud BONAVIDES, op. cit., 2002, p. 249. "Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão, proibição."

²⁷³ Artigo 13 - A assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação; b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

humanidade a preservar esses valores e atingir os fins e objetivos fixados, estipulados nos documentos que positivam os princípios gerais do direito internacional.

Caso ocorra uma situação convencional entre Estados ou entre sujeitos de Direito Internacional e não exista uma taxativa descrição da conduta para atender a estes valores, compreende-se que, de acordo com o princípio da boa-fé, os tribunais internacionais podem considerar que há deveres independentes e autônomos, além dos pactuados, os quais deverão ser cumpridos com o intuito de atingir os fins e os objetivos estipulados, obedecendo às normas internacionais.

4.3.3 A limitação ao exercício de posições jurídicas

A terceira função do princípio da boa-fé, de acordo com Martins-Costa, é a limitadora. Na hipótese de caracterizar abuso da posição jurídica, a aplicação deste princípio veda ou pune o exercício de direito subjetivo.

A boa-fé é conhecida por criar deveres, impor limites ao exercício de direitos, impedir seu uso de modo contrário à recíproca lealdade. É o que explica a teoria dos atos próprios (“a ninguém é dado retornar sobre os próprios passos, depois de criar, com sua conduta inequívoca anterior, expectativa segura quanto ao futuro, quebrando princípios de lealdade e confiança”).²⁷⁴

Dentro da função de impor limites ao exercício de direitos, são incluídos os institutos do abuso de direito, *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*.

O Estado não dispõe do uso do direito de forma absoluta e que seja irresponsável ou seu exercício, como já ficou determinado.

Entende-se, hoje em dia, que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo em que se alarga a esfera de direitos que não são conferidos em interesse próprio, mas no de outrem ou no interesse social direito-função.²⁷⁵

O instituto do abuso de direito constitui um expediente técnico ditado pela consciência jurídica para temperar, em algumas situações particularmente clamorosas, os efeitos da rígida estrutura das normas legais. Ocorrerá abuso de direito quando um determinado direito - em si mesmo válido -, for exercido de modo

²⁷⁴ AGUIAR JR., op.cit, 1994, p.249.

²⁷⁵ COSTA, op. cit., 1984, p. 51.

a ofender o sentimento de Justiça dominante na comunidade social.

Como resultado prático desse instituto tem-se a manutenção do ato abusivo, mas com a condenação do titular que deve indenizar o prejudicado pelos danos sofridos. É onde fica patente a importância da boa-fé no seu prisma objetivo, e portanto, ligado à conduta leal, à confiança de acordo com as regras normais do tráfego jurídico e econômico.

No mesmo âmbito da função limitadora do princípio da boa fé objetiva são estudadas as situações de *venire contra factum proprium*; *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*. A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido, anteriormente, pelo exercente.

Cordeiro e Rocha afirmam que assumir comportamentos contraditórios viola a regra da boa-fé. Mas, com esse argumento único a defesa é fraca²⁷⁶. O mesmo posicionamento é adotado por Aguiar Júnior²⁷⁷. Somente após análise mais profunda de conceitos da doutrina jurídica da confiança pode-se dar uma dimensão substancial a estas referências. A confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele for de molde a suscitar a confiança das pessoas.²⁷⁸

O *venire contra factum proprium* não é uma forma de vincular as pessoas aos comportamentos anteriormente assumidos, como se fosse o *pacta sun servanda*. Trata-se de, tão somente, imputar aos autores o ônus de terem gerado situação de confiança, fazendo-o de livre e espontânea vontade.²⁷⁹

Os Estados, quando assinam um tratado bilateral, multilateral ou plurilateral, geram no outro Estado a expectativa de que serão tomadas as providências para que sejam concluídas todas as fases, inclusive as previstas nos respectivos ordenamentos internos, a fim de entrar em vigor. Estarão, pois, impedidos de frustrar o objeto e a finalidade.

As palavras de Cançado Trindade confirmam esse comportamento:

Mesmo no período intermediário entre a assinatura e a entrada em vigor de um tratado, encontram-se os Estados na obrigação de não derrotar o objeto e propósito do tratado (art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - CVDT), dispositivo este que decorre do princípio da boa fé, aceito

²⁷⁶ CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p. 753.

²⁷⁷ AGUIAR JR., op.cit, 1994, p.249

²⁷⁸ Id. Ibid., p. 754.

²⁷⁹ CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.756.

tanto na doutrina quanto na prática.²⁸⁰

Como exemplo, pode-se citar a legislação interna norte-americana, - que é absolutamente protetiva aos seus nacionais - em relação aos tratados, e subverte a relação de igualdade e lealdade entre as partes. Conforme referência de Durval de Noronha Goyos Jr.:

O referido expediente, embora constitua uma atitude ilegal dos Estados Unidos, permite aos cidadãos daquele país aplicar tais acordos internacionais no exterior, ao mesmo tempo que impede os cidadãos de outros países de aplicar os mesmos princípios nos tribunais norte-americanos.

O atual perfil judicial e legislativo da implantação doméstica das leis e acordos internacionais nos Estados Unidos compromete substancialmente não apenas a credibilidade do país como participe da comunidade internacional, mas também as perspectivas em tê-lo como parceiro comercial 'bona fides'.²⁸¹

Neste caso não são os Estados Unidos que caminham sobre os próprios passos, mas não permitem a igualdade de condições aos contratantes. Então, a expressão usada acima, que "compromete [...] as perspectivas de parceiro comercial *bona fides*", pode não ser cabalmente igual à teoria dos próprios atos, mas é adequada por que questiona a igualdade de condições contratuais.

É importante situar a conduta norte-americana, conjunto da legislação internacional, já que esta maneira de invocar direito interno para proteger seu mercado também encontra barreira no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual estabelece que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

Então, mesmo que os EUA não sejam signatários da referida CVDT, e também aleguem isto para não serem enquadrados na descrição da conduta proibida, descrita no citado art. 27, o país tem compromisso com máximas do Direito, o que impede o *venire contra factum proprium* ou o abuso do Direito.

Eis, então, a importância de se reconhecer a amplitude do princípio da boa-fé pode enriquecer o conteúdo da relação jurídica, ampliando o vínculo das partes que não sejam signatárias da CVDT.

A proibição do *venire contra factum proprium* representa um modo de

²⁸⁰ TRINDADE, op. cit., 1981, p.12.

²⁸¹ GOYOS JR., Durval de Noronha. *Certas especificidades do ordenamento jurídico dos EUA vistas como obstáculos à ALCA: uma perspectiva brasileira*. Disponível em: <<http://www.noronhadvogados.com.br/aulas/au0501e1.HTM>>. Acesso em 30.ago. 2002.

expressar a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamento contraditório, a ordem jurídica não visa à manutenção do *status quo* gerado pela primeira atuação, que o Direito não reconheceu, mas à proteção da pessoa que a considerou válida, justificando sua atuação naquele caso.²⁸²

Larenz estima que a infração da boa-fé é com frequência, resultado de uma situação criada pelo titular do direito em que a outra parte pensava poder confiar.²⁸³

Aguiar Júnior²⁸⁴ explica que, depois de se criar uma certa expectativa em razão de conduta que indica com segurança determinados comportamentos futuros, há quebra de princípios de lealdade e confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.

Por *supressio* entende-se a situação de direito em que este não tenha sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado espaço de tempo, e não pode mais sê-lo, por ser contrária a boa-fé. A *supressio* tem origem jurisprudencial²⁸⁵, o que explica o exemplo mencionado.

Foram as perturbações causadas no entre Duas Guerras e, sobretudo, a inflação que levaram à consagração dogmática definitiva da *supressio*. A depreciação monetária fazia com que se exigisse a correção e equilíbrio das situações das partes, e a boa-fé exigia que este reajuste seja o mais rápido possível.²⁸⁶

O regime da *supressio* não é de fácil codificação. Todos os direitos subjetivos estão sujeitos a ele - salvo exceções -, e é necessário um determinado período de tempo sem exercício do direito, requerendo indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido. Para que possa haver *supressio*, o tempo sem exercício é variável.

A *supressio* não é uma situação que se enquadra no *venire contra factum proprium*, pois falta-lhe o fator tempo, que é elemento constitutivo do outro.

A *surrectio* é definida por Aguiar Jr.²⁸⁷ como a outra face da *supressio*, sem o requisito autônomo do lapso temporal. Para caracterizá-la, exige-se um certo lapso de tempo, variável por excelência, durante o qual atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao Direito subjetivo que vai surgir, sendo necessária uma conjunção

²⁸² CORDEIRO; ROCHA, op. cit., 1984, p.769.

²⁸³ LARENZ, op. cit., 1958, p.151.

²⁸⁴ AGUIAR JR., op.cit, 1994, p.249.

²⁸⁵ CORDEIRO ; ROCHA, op. cit., p. 798.

²⁸⁶ Id. Ibid., p. 798-799.

²⁸⁷ AGUIAR JR., op. cit., 1994, p. 249.

objetiva de fatores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo Direito.²⁸⁸

A fórmula *tu quoque* traduz, genericamente, o aflorar de uma regra determinando que uma pessoa que viola uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. As sensibilidades primárias, ética e jurídica se recusam a admitir que uma pessoa possa desrespeitar um comando para, depois, exigir que a acatem.²⁸⁹ O objetivo deste instituto não se restringe a manter a formalidade das normas fixadas nos tratados.

5 A PERSPECTIVA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO GERAL DA BOA-FÉ NO MERCADO COMUM DO SUL

5.1 A forma de expressão do Direito do Mercosul

Este trabalho pretende resumir a forma de atuação do Mercado Comum do Sul (Mercosul), de maneira a construir uma base que permita compreender a sua forma de expressão convencional e extraconvencional. Para tanto será necessário cotejar os princípios jurídicos que regem o Mercosul com os princípios gerais do Direito Internacional, em especial o da boa-fé, tanto na esfera pública quanto nas atividades econômicas do setor privado.

5.1.1 Antecedentes históricos

O projeto de integração latino-americana, com fins predominantemente políticos, remonta a Simon Bolívar.²⁹⁰

As organizações inspiradas na Carta de Bogotá, que instituiu a Organização dos Estados Americanos, que são a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC); o Sistema Econômico Latino-Americano (SELA); e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) são também antecedentes remotos do Mercosul.

A idéia de integração regional com caráter sobretudo econômico está ligada à

²⁸⁸ Id. *Ibid.*, p. 797.

²⁸⁹ AGUIAR JR., *op. cit.*, 1994, p. 822.

²⁹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *O mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998, p.36.

Comissão Econômica para América Latina (CEPAL) que, no ano de 1955, levantou a necessidade de realizar a integração latino-americana como meio de incrementar o comércio entre os países desta região.

A ALALC, criada em 1960, instituída pelo primeiro Tratado de Montevidéu, com sede naquela cidade, iniciou com 11 países signatários. O objetivo era criar uma zona de livre comércio na região, no prazo de 12 anos. Com o passar do tempo as concessões entre os países diminuíram e a formação do Pacto Andino apressou seu esvaziamento.

Na seqüência dos fatos, veio o SELA, criado em 1975, e mais tarde, a ALADI, criada em 1980.²⁹¹ Essas organizações foram reconhecidas como sendo os antecedentes mais próximos do Mercosul²⁹², ingressando no âmbito em que foi assinado o segundo Tratado de Montevidéu, no qual permaneceu a idéia da criação de uma zona de livre comércio. Desta feita entendeu-se que, para se tornar eficaz, o acordo deveria priorizar as relações dos países que tivessem proximidade geográfica, política e econômica, contemplando então acordos regionais e sub-regionais. Foi idealizada uma área de preferência, contendo três mecanismos: preferência aduaneira zonal, os acordos de alcance regional e os acordos de alcance parcial.

Neste contexto foram assinados os acordos Brasil-Argentina a partir de 1985. O primeiro foi o Programa de Integração e Cooperação Argentina-Brasil (PICAB), seguindo-se o Tratado de Amizade Argentino-Brasileira, de 1988, e depois o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento.

Em comum entre esses países, além da situação geográfica, havia os elementos de ordem política e econômica. Ambos ingressavam na fase da redemocratização e estavam unidos na crise da dívida externa, suas dificuldades e conseqüentemente recessão.

Os Tratados foram seguidos por inúmeros Protocolos que aperfeiçoaram e aprofundaram as relações entre os países membros.²⁹³ O Acordo de Cooperação Econômica nº 14²⁹⁴, entre outros fatores importantes, criou o Grupo Mercado Comum Argentina-Brasil, experiência que foi aproveitada para o Mercosul.

²⁹¹ É tida como o órgão sucessor da ALALC.

²⁹² BAPTISTA, op. cit., 1998, p.36.

²⁹³ A prática introduzida pelos países que vieram a formar o Mercosul é exemplo do que se afirmou no primeiro capítulo desse trabalho; o Protocolo pode ser o documento que dá continuidade aos princípios básicos contidos num Tratado.

²⁹⁴ MERCOSUL. *Legislação e textos básicos*. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Ministério das Relações Exteriores. 3. Ed. Brasília. Senado Federal, 2000, p.169.

O Acordo previa o mecanismo de solução de controvérsias no artigo 26²⁹⁵. Elas deveriam ser objeto de um procedimento ágil de consulta e solução a ser implementado pelo Grupo Mercado Comum Argentina-Brasil. O caráter, portanto, era ainda “diplomático, prevendo a comunicação direta entre os órgãos afetados e sua competência era a de dirimir divergências entre os signatários”²⁹⁶.

O Mercosul²⁹⁷ foi firmado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991²⁹⁸. É um acordo que tem por objetivo criar progressivamente um mercado comum entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. As instituições de caráter transitório que inicialmente estruturaram o bloco foram o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum, a Comissão Parlamentar Conjunta e a Secretaria Administrativa²⁹⁹. Pelo Protocolo de Ouro Preto³⁰⁰ se faz o ingresso na fase definitiva, sendo acrescentados à sua estrutura a Comissão de Comércio (art. 16) e o Foro Consultivo Econômico-Social (art. 28); também adotou-se personalidade jurídica própria (art. 34).

Luiz Olavo Baptista lembra, a propósito, o art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (publicada em 1980)³⁰¹, que dispõe: “um tratado em vigor vincula as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”³⁰². Ele afirma

²⁹⁵ Id. Ibid., p.175.

²⁹⁶ BAPTISTA, op. cit., 1998, p.36.

²⁹⁷ BASSO, Maristela. *Mercosul - seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 9-12. A obra discorre sobre as formas de integração elencadas no item 2,a 4). 1) Área de Tarifas Preferenciais- representa a redução parcial das tarifas alfandegárias entre duas ou mais nações, que poderá ser diferenciada por fatos ou produtos. 2) Área ou Zona de Livre Comércio- Abolição total das tarifas que incidem no comércio dentro da área, o que pode ser gradual. Livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, eliminação dos direitos alfandegários e eliminação de barreiras não tarifárias. 3) União Aduaneira- Além da anulação das tarifas alfandegárias intra-área, ocorre uma unificação da estrutura tarifária relativa a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais. Evita-se, desta forma, os desvios de comércio implicando um mínimo de harmonização das políticas fiscais, monetárias e cambiais. 4) Mercado Comum- Inclui a União Aduaneira, somada a livre mobilidade de fatores de produção, livre comércio de insumos e produtos. 5) União Econômico-monetária- atinge grau o máximo de complementaridade de processo da integração, procedendo a unificação das políticas monetárias, fiscais, cambiais dos países membros, criando uma moeda única e um Banco Central independente. 6) União Política.- Esta é menos citada na doutrina. Para Maristela Basso, os nºs 1, 2 e 3 são formas de cooperação econômica e as duas finais, de nºs 4, 5, de integração.

²⁹⁸ Foi aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro pelo Decreto Legislativo nº. 197, de 25/9/91 (publicado no Diário Oficial em 26/9/91), e promulgado através do Decreto nº. 350 (Diário Oficial de 22/11/91, conforme MERCOSUL. *Acordos e protocolos na área jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Série Integração Latino-Americana, 1996, p.19).

²⁹⁹ MERCOSUL, op. cit., 1996, p. 17.

³⁰⁰ Id. Ibid., p. 97. Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, também conhecido como Protocolo de Ouro Preto.

³⁰¹ Embora não ratificada pelo Brasil, a Convenção, por seu uso generalizado e pela autoridade de suas normas, irrecusavelmente constitui fonte do Direito Internacional Público. Sobre o assunto, ver: ROSA, Luis Fernando Franceschini da. *Mercosul e função judicial - realidade e superação*. São Paulo: LTr, 1997, p. 89.

³⁰² BAPTISTA, op. cit., 1998, p. 64.

também que o “tratado sujeita-se à regra geral do cumprimento de boa-fé, aplicável a todos os tratados, e nasceu da convergência de vontades entre estados soberanos”³⁰³, referindo-se ao Tratado de Assunção.

Na parte introdutória desse trabalho foi questionada a influência dos princípios gerais da boa-fé no direito internacional, posição defendida no início deste capítulo (a boa-fé como elemento do ordenamento jurídico internacional) com base em sua presença marcante no ordenamento jurídico internacional. Agora já é possível dizer que a resposta é positiva também em se tratando do direito do Mercosul.

5.1.2 Característica de Tratado-Marco

O Tratado-marco é o que surge nas relações internacionais contemporâneas, com o mesmo efeito da Constituição Nacional para os Estados modernos. É aplicado nas relações econômicas internacionais e nos mecanismos de cooperação. Fixa objetivos comuns a serem alcançados de forma evolutiva e através da execução de programas conjuntos, razão pela qual seus textos possuem um enunciado de princípios genéricos não desenvolvidos em detalhes mas contêm orientações políticas. Este perfil não cria grande quantidade de normas obrigatórias³⁰⁴ e inflexíveis.

Segundo um padrão usado no Direito Comunitário Europeu, podemos dizer que o Tratado de Assunção e os Protocolos formam o direito originário do Mercosul, e as demais normas, produzidas sob a ótica do direito originário, formam o direito derivado.

Cria-se, assim, um grande espaço para a produção de decisões que devem ser construídas no decorrer do tempo, reforçam a opinião de Franceschini da Rosa, que afirma ser o ordenamento do Mercosul constituído não só pelo tratado constitutivo e protocolado, mas também pelas decisões de seus órgãos³⁰⁵, entre outras aquelas que se fundamentam no princípio da boa-fé.

Luiz Olavo Baptista diz que o Mercosul pode ser inserido nesta categoria, com ressalvas à compreensão de sua complexidade, pois, ao mesmo tempo que diz possuir um “caráter transitório, associa-se, dialeticamente, à decisão de efeitos

³⁰³ Id. Ibid., p. 63-64.

³⁰⁴ Sobre o assunto, ver BAPTISTA, op. cit., 1998, p.37.

³⁰⁵ ROSA, op. cit., 1997, p. 90.

praticamente irreversíveis, que é caminhar para a construção do Mercado Comum³⁰⁶, mantendo concomitantemente os elementos da mudança e da continuidade. Fica claro que o conceito de tratado mencionado no item “terminologia”, no início do primeiro capítulo, permanece válido. Dentro da dinâmica real, no entanto, assume contornos diferenciados, parecendo mais vivo do que a descrição fixada num papel.

Esta é uma característica importante para o presente trabalho, pois como se analisará mais adiante, nos casos em que existem, na legislação, princípios genéricos para regulamentar conflitos em torno de um caso concreto, eles devem ser interpretados. Usa-se, nesses casos, os mecanismos de interpretação dos tratados, entre eles a interpretação integradora que, com frequência, inclui a boa-fé, por ser um princípio geral de Direito e uma cláusula geral.

5.1.3 Princípios do Tratado de Assunção: gradualidade, flexibilidade e equilíbrio

O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre o governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Argentina, de 29/11/88, já incluía os princípios de gradualismo, flexibilidade, equilíbrio e simetria para permitir a progressiva adaptação de todas as partes envolvidas: os Estados-partes, os particulares, as empresas, os cidadãos.³⁰⁷ É feito um cronograma rígido para as etapas que não devem ser concomitantes. A rigor é possível que atos de uma etapa possam ocorrer sem ter sido concluída a anterior; o que supõe a maleabilidade e compreensão das dificuldades, com divisão dos ônus e das vantagens.

5.1.4 O modelo de ordenamento jurídico integracionista

O modelo do ordenamento jurídico integracionista do Mercosul é de caráter intergovernamental.³⁰⁸ O seu sistema de tomada de decisões ocorre por consenso (tanto no quadro provisório quanto na estrutura definitiva), o que elimina qualquer caráter de supranacionalidade.

³⁰⁶ BAPTISTA, op. cit., 1998, p.39.

³⁰⁷ MERCOSUL, op. cit., 2000, p.143-144.

³⁰⁸ Definido no próprio art. 2º do Protocolo de Ouro Preto: “são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum e a Comissões de Comércio do Mercosul”.

Contrastando com o modelo adotado no Mercosul, o Direito Comunitário, notadamente o modelo europeu, caracteriza-se por:

a) sua autonomia (possui sua própria eficácia e desenvolvimento); b) seu efeito impositivo (suas normas são obrigatórias); c) seu efeito direto (dispensa aprovação pelos parlamentos internos, suas normas se incorporam às ordens jurídicas nacionais através de mecanismos direitos previstos nos tratados constitutivos) [...]; d) primazia sobre o interno e, finalmente, e) assegurada por um mecanismo sólido e consistente de solução de controvérsias.³⁰⁹

Estas características estão ausentes no ordenamento do Mercosul.

Ventura afirma, que “frente às ordens constitucionais brasileira, uruguaia e, possivelmente, paraguaia, existem impeditivos à adoção de mecanismos avançados para garantia de eficácia, como a aplicabilidade direta e a primazia da regra comunitária”³¹⁰.

A supranacionalidade significa que a legislação comunitária possui supremacia sobre a ordem jurídica dos Estados-membros³¹¹. As duas concepções trazidas por Ventura, que implicam a supranacionalidade normativa, relacionada à hierarquia entre as políticas comunitárias e a supranacionalidade decisional; vincula-se ao desempenho de um poder efetivo através de processo decisório peculiar que seria a “substituição de uma ‘ordem própria’ por uma nova ordem jurídica, em benefício da qual os Estados limitaram, mais e mais estendidos, seus direitos soberanos”³¹². Ao contrário, as normas emanadas dos órgãos competentes do Mercosul, para vigência no âmbito interno de cada Estado-parte, devem ser internalizadas³¹³, passando pelo mecanismo estabelecido pelo Direito Constitucional de cada um. Para Amaral Júnior:

É justamente a ausência desse mecanismo de recepção que demarca fronteira entre o Direito Internacional Público e o Direito Comunitário. Em outros termos, as normas elaboradas pelas estruturas institucionais comunitárias dispensam mecanismos de recepção, ganhando, desde logo, executividade no Direito doméstico dos Estados envolvidos. Ausente essa característica, não há verdadeiro Direito Comunitário, mas tão-somente um sistema regido pelas regras clássicas do Direito Internacional Público (DIP) sobre a incorporação de

³⁰⁹ BASSO, op. cit., 1995, p. 11.

³¹⁰ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.126.

³¹¹ Jorge Perez Otermin defende que a supranacionalidade exige do órgão de solução de controvérsias duas características: a) independência em relação aos Estados e preservação do interesse comunitário; b) poder de ditar normas obrigatórias para os Estados-membros, cuja aplicação seja imediata e prevalente em seus ordenamentos. Referido por ROSA, op. cit., 1997, p.89.

³¹² VENTURA, op. cit., 1996, p.35.

³¹³ Id. Ibid., p.112. No art. 42 do Protocolo de Ouro Preto se prevê a incorporação às ordens internas dos Estados-partes.

tratados. Nesse caso configura-se um mero Direito da Integração.³¹⁴

Este texto demonstra como se constitui uma ordem jurídica comunitária e de integração segundo o modelo do Direito Internacional Público que contrasta com a do Mercosul, entidade que depende da incorporação das normas via sistema constitucional de cada Estado-parte.

O art. 40, letra “i” do Protocolo de Ouro Preto, justamente, estabelece que “uma vez aprovada a norma, os Estados-Partes adotarão medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional [...]”³¹⁵. Para reforçar a idéia de que inexistia a executividade no Direito doméstico, o mesmo art. 40, “ii”, prevê que, “quando todos os Estados-Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado-Parte”.

No art. 42 do Protocolo de Ouro Preto também se prevê a incorporação da obrigatoriedade às ordens internas dos Estados-partes.

O ordenamento jurídico do Mercosul ignora, pois, a noção de supranacionalidade à medida em que há um procedimento complexo de transposição limitando o caráter coercitivo das regras do bloco. A ordem jurídica do Mercosul constitui-se mediante a incorporação das normas via sistema constitucional de cada Estado-parte, ou seja, através do procedimento dos Governos, caracterizando a intergovernamentalidade.

O Brasil é um dos países que prevê, em seu ordenamento jurídico interno, que ao Poder Executivo cabe celebrar Tratados, os quais ficam dependendo de ratificação pelo Congresso Nacional (art. 84, VIII; art. 49, I, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil).³¹⁶

Seitenfus e Ventura³¹⁷ contrapõem-se a esta idéia por considerar que o Direito do Mercosul aproxima-se de uma ordem jurídica comunitária, à medida que possui fontes autônomas em relação às ordens nacionais. Entendem que ordem jurídica é um

³¹⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Revista Jurídica Virtual*, n. 11, abr. 2000. Disponível em: <w.w.w.planalto.gov.br/ccivil-03>. Acesso em 30/8/2002.

³¹⁵ MERCOSUL, *op. cit.*, 2000, p. 220.

³¹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre Tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

³¹⁷ SEITENFUS; VENTURA, *op. cit.*, 1999, p. 195.

conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas, que possui fontes próprias, dotadas de órgãos e procedimentos aptos a emitir regras e interpretá-las, além de constatar violações e, se for o caso, aplicar sanções. Portanto, nosso modelo integracionista não é o de um Direito Comunitário nos termos clássicos, nem se enquadra num pensamento jurídico conhecido como o tradicional Direito Internacional Público, pois assume contornos mais diversos e complexos, como dizem Seitenfus e Ventura, aproximando-se de uma ordem comunitária sem possuí-lhes as características. Os autores ainda fundamentam que “encontra-se um modelo bastante flexível, que aproveita apenas parcialmente os postulados do emergente direito comunitário”³¹⁸

5.1.5 Fontes

Aproveitando a classificação proposta por Seitenfus e Ventura, e observando o que foi disposto no art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, são fontes jurídicas do Mercosul: a) originárias - o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementais; b) derivados - os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; as decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes da Comissão do Comércio do Mercosul adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.

Seitenfus e Ventura afirmam ainda que “o Direito primário do Mercosul está na origem de um tecido de normas facilmente identificáveis através de suas fontes. A necessidade de posterior incorporação das normas às ordens nacionais não impede que as regras do bloco guardem relação de derivação entre si”³¹⁹.

As fontes descritas no citado art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, não se caracterizam como uma enumeração taxativa, podendo ser complementada pelos “Princípios Gerais de Direito Internacional e de Direito da Integração, [...] laudos arbitrais proferidos pelos tribunais *ad hoc*, assim como a doutrina, os princípios gerais de Direito comuns aos ordenamentos nacionais, aos costumes, etc.”³²⁰

Franceschini da Rosa observa que “o Mercosul é um ordenamento jurídico formado não só pelos Tratados constitutivos, mas também pelo Direito que se produz

³¹⁸Id. *Ibid.*, p. 184.

³¹⁹ SEITENFUS; VENTURA, *op. cit.*, 1999, p.197. Nota: direito primário é o mesmo que originário.

³²⁰ BASSO, Maristela. *As fontes do direito do mercosul*. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1624>>. Acesso em: 30 ago. 2002.

a partir de seus órgãos³²¹, o direito derivado.

Podemos, então, concordar com Maristela Basso³²², e classificar as fontes do Mercosul da seguinte forma: a) direito originário, b) direito derivado, c) complementares e concluir que as fontes do Mercosul assumem contornos diversos do Direito Internacional.

5.1.5.1 As fontes de direito originário e derivado do Mercosul e a boa-fé

As fontes do direito originário (Tratado de Assunção e seus protocolos) não merecerão maior análise por não serem o objeto central dessa pesquisa. O Tratado de Assunção sujeita-se à regra geral do cumprimento de boa-fé, aplicável a todos os tratados.³²³

As fontes do direito derivado subdividem-se em: a) atos típicos; e b) atípicos: internos e *sui generis*.

Os atos típicos constam expressamente do art. 41, III, do Protocolo de Ouro Preto: as Decisões do Conselho Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes emitidas pela Comissão de Comércio, fazem referência legal expressa à hierarquia existente entre eles. As duas últimas possuem hierarquia em nível inferior, já que têm a função de executar as decisões do Conselho.

Os atos atípicos, por se distanciarem consideravelmente do objeto da pesquisa, serão ignorados.

5.1.5.2 As fontes complementares do Mercosul e a boa-fé

As Fontes Complementares, de interesse para este trabalho, são: a) os princípios do Direito Internacional geral e regional; b) os princípios do Direito da Integração; c) as decisões dos tribunais arbitrais do Mercosul; d) a jurisprudência dos tribunais nacionais; e) os princípios gerais de Direito comuns aos Estados-Partes; f) a doutrina.

³²¹ ROSA, op. cit., 1997, p.115.

³²² BASSO, op. cit., 2002.

³²³ BAPTISTA, op. cit., 1998, p. 63-64.

a) Baptista³²⁴ afirma que nem o Tratado de Assunção, nem o Protocolo de Ouro Preto fazem referência às normas de Direito Internacional, embora lhe pareçam aplicáveis. Segundo ele a Carta da ONU é a base da ordem jurídica internacional contemporânea, pois estabeleceu princípios em que se assenta a atuação dos Estados nessa órbita e em algumas outras matérias de interesse da humanidade. Além disso, os Tratados dos mais variados tipos, desde os que regulamentam as relações diplomáticas, em nível regional como a ALADI, que é antecessora do Mercosul, foram também baseados nos propósitos e princípios estabelecidos pela Organização das Nações Unidas. O mesmo acontece com os acordos comerciais de Bretton Woods, os da OMC e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969), cujo art. 26 foi especialmente estudado, já que dele consta, textualmente, a expressão *boa-fé*. Cabe lembrar, entre os princípios contidos na Carta da ONU consta o que exige o cumprimento das obrigações assumidas com *boa-fé*. Insistimos, também, na importância de outro documento, a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, conforme a Carta da ONU, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1970. No rol dos princípios que a integram consta a *boa-fé* no cumprimento das obrigações internacionais.

Conclui-se, portanto, que os princípios gerais de Direito, muitas vezes, possuem autonomia em relação aos tratados e são revelados através de normas consuetudinárias. O princípio da *boa-fé*, em particular, rege as relações jurídicas no âmbito do Mercosul como fonte complementar.

b) O princípio da progressividade significa que a dinâmica do processo, na forma de se constituir, haverá de crescer passando por várias etapas, reconhecendo em cada uma delas um instrumento, sem o qual não se atingirá a integração plena. Por outro lado, uma etapa não substitui nem se confunde com a totalidade da integração.

Os princípios da reciprocidade, art. 2º, TA, da igualdade (tratamento isonômico entre os Estados-Membros) e da solidariedade caracterizam a vontade de associação.

c) Para Maristela Basso “sem dúvida são fontes do Mercosul os laudos dos tribunais constituídos de acordo com o Protocolo de Brasília”.³²⁵ O laudo da

³²⁴ Id. Ibid., p. 117.

³²⁵ BASSO, op. cit., 2002.

"controvérsia sobre os comunicados nº 37, de 17 de dezembro de 1997, e nº 7, de 20 de fevereiro de 1998, do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco"³²⁶, faz referência explícita ao princípio da boa-fé.³²⁷

Da mesma forma, na Resolução 861/99, que decidiu sobre o laudo da reclamação da República Federativa do Brasil à República Argentina referente à "Aplicação de Medidas de Salvaguardas em Produtos Têxteis"³²⁸, o Tribunal considerou os princípios contidos na Convenção de Viena, que explicita a necessidade de um tratado ser interpretado de boa-fé, princípio que sempre surge como informador de decisões muito importantes para o bloco.

Estas decisões do Tribunal Arbitral do Mercosul enquadram-se no referido no item "3.2" como um dos meios auxiliares para a determinação das regras de Direito, e usam a expressão "decisões judiciais", de sentido que engloba as decisões dos tribunais arbitrais, das Cortes de Justiça internacional e outras.³²⁹

As decisões do Tribunal Arbitral consideram também os meios auxiliares para determinar as regras de direito, e são de máxima importância para a construção do ordenamento jurídico do bloco regional.

d) Para ilustrar a importância da jurisprudência dos tribunais nacionais, basta citar o Acórdão nº 193051083, na Apelação julgada pela quarta Câmara Cível, Banco do Brasil S/A apelante e Z. D. Costi & Cia Ltda apelada, que fez referência à ampliação do princípio da boa-fé no parágrafo 242 do BGB (Código Civil Alemão), acolhido universalmente pela doutrina obrigacional. É uma decisão que garante a proteção da confiança.

O Sistema Tribunal Federal no Resp. 616-RJ (890009853-5), rel. Min. Gueiros Leite, em decisão de 24 de abril de 1990, em matéria de validação de cláusula arbitral, validou, justamente, a referida cláusula "*pelo simples fato de que deve prevalecer o princípio da boa-fé*".

³²⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/Outros/Arb_Laudo3_Resolucao%20861-99.htm>. Acesso em 22.ago.2002.

³²⁷ BASSO, op. cit., 2002.

³²⁸ Esclarecimento sobre o Laudo arbitral *ad hoc* do mercosul constituído para decidir sobre a reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina, sobre a aplicação de medidas de salvaguarda a produtos têxteis. Resolução 861/99 de MEyOSP. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy/portugues/snor/bom/laudos/acla-raciontextil.htm>>. Acesso em 22.ago.2002.

³²⁹ ACCIOLY, op. cit., 1998, p. 43-44.

e) Os princípios gerais de direito comuns aos Estados-Partes são introjetados na cultura jurídica e “amplamente aceitos e reconhecidos no âmbito dos direitos internos dos Estados-Membros do Mercosul como, dentre outros, o da boa-fé nas negociações [...] A tradição romano-germânica dos Estados-Partes faz com que tenhamos uma base jurídica e de possível harmonização legislativa”.³³⁰ É uma classificação mais simples que a do artigo 38 da CIJ, que destaca os “princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, descrição esta que desencadeou enorme discussão doutrinária. Sendo aqui a referência relativa aos princípios gerais de Direito comuns aos Estados-Membros, não cabe discussão.

O princípio da boa-fé é presença constante na base do sistema jurídico dos países que compõem o Bloco, o que reforça a idéia de princípio consolidado.

f) Destacam-se como referência doutrinária dos juristas dos Estados-Partes: Salvador D. Bergel e Martín Paolantonio, os quais afirmam que, quando um texto jurídico traz a expressão *buena fé*, é necessário explicar-lhe o significado.

[...] será necessário explicitar o conceito de boa-fé como compreensivo de um duplo sentido: a) o sociológico, isto é, boa-fé como estado subjetivo; b) o objetivo, enquanto enquadramento da aquisição em uma operação normal - típica - segundo a prática de circulação do título.³³¹

Bergel e Paolantonio, como os autores brasileiros que estudam esse princípio, afirmam que é passível de ser interpretado de maneira objetiva ou subjetiva, dependendo do instituto e da circunstância em que são empregados. Estes autores citam outros doutrinadores que argumentam neste sentido com a boa-fé.³³² Está implícito que reconhecem-no doutrinariamente no país vizinho.

Esta análise sobre as formas de expressão do Direito Internacional, foram priorizados os aspectos que remetem ao instituto da boa-fé. Pretende-se, agora, demonstrar a especificidade do instituto respondendo a um derradeiro questionamento: se o princípio geral da boa-fé, de origem costumeira e atualmente positivado, é aplicável em toda sua extensão de conteúdo e amplitude, quais efeitos provoca no Direito Internacional e nas normas atinentes ao Mercosul?

³³⁰ BASSO, op. cit., 2002.

³³¹ BERGEL, Salvador; PAOLANTONIO, Martín E. Las letras de consumo y su problemática jurídica. In: *Revista do Direito do Consumidor*, n. 9, p.10-11, jan./mar. 1994.

³³² Id. Ibid., p.10-11.

5.2 A importância do princípio geral de Direito Internacional da boa-fé objetivo

Ficou estabelecido que a legislação internacional e as decisões dos tribunais internacionais, referidas nesta pesquisa, reconhecem o conceito da boa-fé, cujo sentido dependerá do contexto jurídico e do lugar que ocupa no texto. Se o conceito estiver vinculado ao estado da pessoa, será subjetivo; na condição de princípio geral de direito internacional será objetivo.

Ao empregá-lo nesta segunda acepção, o jurista terá considerado a relação jurídica internacional complexa, como processo que se desenvolve no tempo, exigindo a atuação de ambos os interessados como vínculo dialético, já que nas relações jurídicas e políticas internacionais (bilaterais, multilaterais, plurilaterais) criam-se jurisprudencialmente deveres não contidos explicitamente na norma convencional.

Se as obras de Karl Larenz, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Rui Rusado Aguir Jr., Martins-Costa, mesmo que sejam de Direito das Obrigações na área do Direito Civil, foram privilegiadas nesse trabalho, é que consideram importante a idéia de se trabalhar, dentro do possível, com outros ramos da área jurídica.

Couto e Silva reconhece até quando desenvolve suas análises sobre a boa-fé, que há concordância entre o Direito da família romano-germânica e o conceito de *antecipadet breach of contract* da *Common Law*.³³³

O dever de cooperação é um novo paradigma das relações internacionais e está previsto no art. 4º, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil e sua importância é indiscutível.

Consta até da convenção da ONU: “A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU”, e exige-se que seja exercido com boa-fé. O dever de cooperação contrasta com o direito que regulava somente a beligerância que recebeu crítica de Noam Chomsky quando da intervenção dos Estados Unidos nos Bálcãs que, sob pretexto de cooperar, aumentou o grau de violência entre os povos.³³⁴

O princípio da boa-fé, em seu prisma objetivo, preocupa-se com o fim e as

³³³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. Jornada Luso-brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.47.

³³⁴ CHOMSKY, op. cit.. Disponível em <http://www.zmag.org/current_bombings.htm>. Acesso em 7.ago.2002.

razões que costumam determinar a formação da obrigação contraída. Cria deveres secundários de conduta, além dos convencionados, de acordo com os fins e objetivos gerais do tratado. O princípio da boa-fé, portanto, é um instrumento para ser utilizado com a finalidade de regular as divergências ocorridas no Direito Internacional, inclusive no Direito do Mercosul, tendo em vista que, na normatividade deste bloco (Tratado de Assunção), constam fins e objetivos a serem atingidos, através de etapas a serem vencidas paulatinamente.

Para uma maior eficiência, é necessário que se adote a concepção de ordenamento jurídico (aberto) ou de existência de inúmeros microssistemas jurídicos, para que se possa compor valores opostos vigentes em campos próprios e adequados do direito, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação.

Admitir a interpretação integradora implica aceitar que um tribunal arbitral ou um juiz intervenha no processo de criação das normas. Rompe-se com a idéia estática - ponto de vista clássico, baseado no modelo de Montesquieu - da tríplice divisão de funções estatais.³³⁵

O reconhecimento do princípio da boa-fé, em seu prisma objetivo, permite que seja inserido na "normatividade dos princípios" sob influência da posituação dos princípios em alguns tratados internacionais, especialmente a partir do art. 38 do Estatuto da CPIJ, que foi repetido pelo art. 38, "c", do Estatuto da CIJ de 1948, que consagrou os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Esse fato esclarece a ligação entre os princípios gerais de Direito Internacional e a construção de um novo conceito de interpretação e aplicação das normas.

Esta pesquisa tem por referencial teórico o pós-positivismo, designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais, e pretende superar o conhecimento convencional.³³⁶ Nesta doutrina, os princípios, quando positivados, passam a encabeçar o sistema, guiam e fundamentam a ordem jurídica. Assumem o caráter da normatividade, e, como mandamento, permissão e proibição, constituem fundamento para juízos concretos de dever. Deixam de lado o caráter meramente supletivo e

³³⁵ MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XXI, livro XI. p.157.

³³⁶ BARROSO, op. cit., jul/set.2001, p.60.

convertem-se em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.³³⁷

Em determinadas circunstâncias de conflito ou antinomia um princípio cede ao outro, pois têm pesos diferentes nos casos concretos, ligados que estão a valores. Assim, o valor de um deverá preponderar, sem excluir o outro do ordenamento jurídico. Assim sendo, o princípio da boa-fé (em seu prisma objetivo) reforça as atuações judicial e arbitral, exigindo uma atividade judicante, pois o magistrado ou árbitro ficará frente a frente com o caso concreto, sem mediação normativa, e terá de compor o conteúdo da norma.³³⁸

As normas (princípios e regras) que possuem abstrações e hipóteses passam a ser um referencial de orientação das ações dos sujeitos. O Estado-juiz manifestará sua soberania, obrigando a uma conduta através da sentença. Como disseram Ngyen Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet³³⁹, em todas as situações, o intérprete deve verificar, num plano concreto, o respeito à obrigação internacional. Esse é um aspecto para a pesquisa, já que sua referência teórica além de possibilitar a adoção de novos métodos interpretativos e integração das normas, admite que o ordenamento jurídico, em constante transformação, possa assimilar e introduzir valores ainda não utilizados ou aceitos, ou até mesmo compreender que alguns deles estão desatualizados. Permite, pois, a evolução do Direito, dentro do quadro conceitual, conhecido como desenvolvimento progressivo do Direito Internacional.

A consequência prática que se obtém é a de a boa-fé objetiva, assumindo a posição de princípio geral de direito, ser a única a ter as funções de criar deveres secundários de conduta e limitar o exercício de posições jurídicas, bem como de servir como método de interpretação e integração das normas. Falta saber, agora, se esse instituto é aplicável nas decisões do Tribunal Arbitral do Mercosul.

5.2.1 Sobre a eficácia da boa-fé objetiva nas decisões dos Tribunais Arbitrais *ad hoc* do Mercosul

Este item analisa se o princípio da boa-fé tem aplicabilidade na prática das

³³⁷ Id. Ibid., p.260.

³³⁸ Id. Ibid., p.251, diz que o conflito se revela na dimensão de valor, referindo-se à teoria de Robert Alexy.

³³⁹ DINH et al, op cit., p. 686.

decisões dos Tribunais Arbitrais *ad hoc* do Mercosul, e se é referido da mesma forma em qualquer decisão.

5.2.1.1 Sobre a aplicação do princípio geral da boa-fé na decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* resolvendo a “Controvérsia sobre Comunicados nº 37 de 17 de dezembro de 1997 e nº 7 de 20 de fevereiro de 1998”

A Argentina reclamou dos Comunicados nº 37/97 e 7/98 do Brasil que considera como uma restrição ao comércio intrazona, já que produzem um efeito inibidor e geram dúvida e insegurança, afetando o desenvolvimento das correntes de intercâmbio. Eles reduzem as condições de acesso ao mercado brasileiro para produtos argentinos, com relação às condições vigentes em 1995 e 1996. Afirma ainda que o novo sistema reinstala restrições ao comércio intrazona, em condições mais gravosas que as que já estavam em vigor.

Alega, ainda, que aqueles comunicados estabelecem medidas administrativas equivalentes a restrições, o que implica um descomprometimento com o que tinha sido estabelecido no Tratado de Assunção, seu anexo I e no Acordo de Complementação Econômica nº 18, afeta a reciprocidade e as finalidades do tratado.

O Brasil (parte reclamada) contestou, dizendo que a adoção desse novo sistema representava um reconhecimento das regras e práticas internacionais de comércio. O novo sistema é automático, instantâneo e informatizado, substituindo o sistema que utilizava guias. A troca tinha sido realizada para adequá-lo ao novo contexto internacional, não caracteriza barreira não-tarifária, disse o Brasil que refuta quaisquer prejuízos ao comércio regional.

Ao analisar-se o texto do laudo arbitral fica claro, tanto no requerimento do país postulante quanto em cada manifestação respeitosa dos árbitros que, se em alguns casos não fazem menção textual, argumentam em conformidade com o que foi sustentado teoricamente no corpo do trabalho sobre a extensão do conteúdo, amplitude e função do princípio da boa-fé.

A Argentina reclamou que as novas regras impunham restrições de caráter burocrático que prejudicavam o acesso ao mercado brasileiro em relação às condições estabelecidas em 1995 e 1996. Na verdade, estava argumentando e

solicitando uma atitude do Brasil que havia contrariado as próprias regras anteriores e impedia a progressão do comércio. Delimitando-a e conferindo-lhe a importância necessária, constata-se que o país vizinho, mesmo sem formular expressamente, reivindicava o instituto da proibição do *venire contra factum proprium*, inserido num dos grupos dotados de autonomia institucional do princípio da boa-fé.

O Tribunal Arbitral não se limitou a decidir acerca sobre a aplicação de disposições específicas e isoladas, mas situou a controvérsia sob a perspectiva do conjunto normativo do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto, art. 41), interpretando-o à luz das relações recíprocas que emanam do conjunto dessas normas e dos fins e objetivos que os Estados-Partes assumiram, explícita e implicitamente, ao adotarem-nas e as confirmarem por seus atos posteriores, no contexto de um projeto integrador comum.³⁴⁰

O episódio revelou três elementos importantes: o primeiro é o reconhecimento de que se deve considerar a vontade do que as partes estipularam mais o necessário para a sua realização, o que corresponde à idéia dos efeitos implícitos dos tratados; o segundo, de que os tratados devem ser interpretados de forma harmônica com os fins que perseguem, como corolário do princípio da boa-fé; o terceiro é de que a compreensão e a análise do intérprete deve considerar o conjunto normativo, viabilizando a aplicação das fontes complementares, que ampliam, significativamente, as fontes do Mercosul.

A conclusão do Laudo arbitral³⁴¹ sintetiza a decisão do Tribunal:

(i) A controvérsia apresentada deve situar-se no conjunto normativo do Mercosul, interpretando-o à luz das relações recíprocas que emanam dessas normas e dos fins e objetivos que os Estados assumiram no contexto de um projeto integrador comum.³⁴²

A escolha das normas (princípios e regras) aplicáveis considerou, portanto, os fins e objetivos do tratado. O Tribunal Arbitral edifica o conjunto normativo do Mercosul utilizando-se da boa-fé como conceito indeterminado, aberto, construindo, casuisticamente, na decisão arbitral, o preceito ordenador da conduta dos países envolvidos.

³⁴⁰ Constante no Anexo V.

³⁴¹ Constante no Anexo VI.

³⁴² Controvérsia sobre Comunicados nº. 37, de 17 de dezembro de 1997, e nº 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Comércio Exterior da Secretaria de Comércio Exterior: Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/Outros/Arb_Laudo3_Resolu-cao%20861-99.htm>. Acesso em 22 de jun.2002 .

Quando o Tribunal afirmou a necessidade de buscar e identificar as regras jurídicas para aplicar ao caso, agiu de acordo com a nova hermenêutica e conteúdo. O item sobre a boa-fé como método de aplicação, interpretação e integração das normas internacionais sugeriu, também, que as partes entrassem em sintonia para regular suas relações recíprocas a fim de alcançar o objetivo compartilhado de sua integração. Ficou evidente a importância dada à conduta das partes no decorrer da execução da relação obrigacional. Ficou patente a responsabilidade de cada Estado-parte na formação dos tratados e na execução das obrigações:

Incluindo no conceito de boa-fé não apenas a honestidade dos atos de execução e seu apego formal à letra dos textos, coisas que não estão evidentemente em jogo na espécie, mas a idoneidade das atividades das partes para dar cumprimento aos fins e objetivos das normas convencionalmente acordadas.

O texto deixa claro que, além da honestidade dos atos de execução, o Tribunal Arbitral *ad hoc* analisa a idoneidade, a conduta leal e correta definida no caso concreto, que permita atingir os fins e objetivos do tratado.

Na sequência do processo decisório, o Tribunal delimitou a matéria jurídica em disputa, que eram as normas unilaterais, estabelecendo um regime de licenças para as importações editadas pelo Brasil, *versus* o conjunto normativo do Mercosul.

Em consideração aos princípios que estão no ordenamento jurídico internacional e a preocupação com a conduta objetiva das partes, o Tribunal Arbitral do Mercosul decidiu:

[...] que em primeiro lugar deve-se considerar o princípio dos tratados - *pacta sunt servanda* - 'norma fundamental' originária do Direito Romano [...] Em segundo lugar deve-se ter em conta que tal cumprimento deverá ser realizado de boa-fé [...].

Assim agindo, permitiu identificar a complementaridade dos princípios e, implicitamente, separou-os de acordo com seus conteúdos. Além disso, utilizou o raciocínio da confrontação ou jogos de princípios: optou pela vigência de um sem excluir o outro.

E para consolidar a importância da boa-fé como princípio, importa considerar que ela é possuidora de valores que, quando confrontados num jogo com os demais valores contidos em outros princípios, remete à análise do caso concreto.

Os árbitros destacaram a idoneidade da atividade das partes para dar

cumprimento dos fins e objetivos das normas convencionalmente acordadas. Referem-se à importância da correção e lisura na conduta das partes com honestidade e colaboração para o correto adimplemento da obrigação - oriundo da regra da boa-fé - sobre a criação de deveres para as partes.

Este ponto de vista confirma o que havia dito Martins-Costa³⁴³, que determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, devem ser analisados visando o fim do contrato, dada a relação de confiança que ele fundamenta, de acordo com os comportamentos variáveis, conforme as circunstâncias concretas da contratação. Isto significa o reconhecimento da mobilidade das coisas reais após a contratação e a necessidade de constante adaptação.

O Tribunal reafirmou a necessidade de se escolher entre várias soluções possíveis quando se interpreta um tratado, sugerindo a que melhor satisfaz objeto e fim, no contexto desse tratado. É exatamente o que foi previsto na Convenção de Viena do Direito dos Tratados, que estabelece a necessidade de se levar em conta o contexto (documentos relativos aos motivos da celebração do tratado) e de se considerar atos e acontecimentos posteriores à pactuação. Por último sugere a boa-fé para ajudar a alcançar uma interpretação razoável e não abusiva.

Conclui-se que a aplicação do direito não é apenas um ato de conhecimento para revelar o sentido de uma norma que pré-existe, mas, também, um ato de vontade, escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam

O Tribunal se refere à conduta real das partes que deve ser analisada numa situação concreta, ressaltando o prisma objetivo da boa-fé quando diz que considera que no contexto dos processos de integração, são incompatíveis as medidas unilaterais dos Estados-Partes.

5.2.1.2 Sobre a aplicação da boa-fé no esclarecimento do laudo arbitral *ad hoc* do Mercosul³⁴⁴ - Resolução 861/99 de MEyOSP

A pedido da Argentina, que solicitava esclarecimento sobre um laudo, o Tribunal ratificou seu parecer de que a amplitude do objeto da controvérsia é regulamentada pelo art. 28 do Protocolo de Brasília e deve ser apreciada nos termos

³⁴³ MARTINS-COSTA, 1998, op. cit., p.15.

³⁴⁴ Constituído para decidir sobre a reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina, sobre a aplicação de medidas de salvaguarda a produtos têxteis.

da apresentação e da resposta que os Estados submetem à apreciação do Tribunal.³⁴⁵

E desta feita, o Tribunal Arbitral referiu-se à boa-fé como regra de interpretação das normas de direito internacional já que de acordo com a Convenção de Viena, um tratado deverá ser interpretado de boa-fé, conforme sentido corrente a ser dado aos termos do tratado. Assim, o Tribunal manifestou sua convicção de que uma interpretação textual das normas do Mercosul seria suficiente para compreender o conteúdo e o alcance das normas em questão.

A interpretação, no caso, seguiu a regra da boa-fé, considerando o caráter textual das normas, projetando também a conformidade com o objeto e fim do tratado sobre a integração econômica. Observe-se que a análise se restringiu aos textos legais, desconsiderando a conduta das partes em relação ao caso concreto, o que permite conhecer a complexidade da utilização do instituto.

No documento sobre a Controvérsia sobre Comunicados nº. 37/1997 e nº 7/1998³⁴⁶, os árbitros consideraram, em sua análise, a conduta das partes, seu agir correto e as circunstâncias externas que permitiam atingir o fim e o objeto do tratado, o que comprova a complexidade da utilização do princípio da boa-fé. Por vezes, basta utilizá-lo como regra de interpretação; em outras, é necessário conjugá-lo com suas funções de criar deveres secundários de conduta e limites ao exercício de posições jurídicas.

Neste caso, também se ultrapassou a técnica de utilização de um suporte fático hipotético como enunciado da norma jurídica isolada, para a resolução de um caso desta monta.

5.2.1.3 Os efeitos da previsão da boa-fé na solução de controvérsias privadas no AACIM e no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, A República da Bolívia e do Chile³⁴⁷

³⁴⁵ Constante no Anexo VII.

³⁴⁶ Controvérsia sobre Comunicados nº. 37, de 17 de dezembro de 1997, e nº 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Comércio Exterior da Secretaria de Comércio Exterior: Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/Outros/Arb_Laudo3_Resolu-cao%20861-99.htm>. Acesso em 22 de jun.2002.

³⁴⁷ MERCOSUL/CMC/DEC nº4/98 <http://www.camara.gov.br/mercosul/Outros/Arb_Laudo4_Resolucao-.htm>. Acesso em 22 de jun. 2002.

Os Acordos sobre Arbitragem Comercial do Mercosul (Mercosul/CMC/DEC nº 3/98)³⁴⁸ e Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e do Chile (Mercosul/CMC/DEC nº 4/98), são uma modalidade de tratado oriunda de uma decisão do Conselho do Mercado Comum. Estão na categoria de uma fonte de direito originário, como já ficou comprovado anteriormente.³⁴⁹

A arbitragem Comercial internacional é utilizada para dirimir conflitos entre os comerciantes que operam na comunidade internacional, obrigando-os a dotar de boa-fé a decisão prolatada. As matérias comerciais são reguladas pelo Direito Comercial, abrangendo todas as suas resoluções, resultantes de um ato de comércio fundamental ou da situação de comerciante, assim como todas as relações resultantes de um ato ou de uma situação de fato conexo com uma atividade comercial.

Os acordos comerciais em discussão diferem dos primeiros casos analisados, já que aqueles foram negociados, organizados pelos Estados-Partes, enquanto estes possuem, como finalidade, estipular um mecanismo de solução de controvérsias para o segmento econômico entre particulares, destacando a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes do Mercosul métodos alternativos para a solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais concluídos entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Esta afirmação consta da consideranda do Acordo com a intenção de contribuir para o incremento do comércio internacional e proporciona aos agentes privados condições de resolver suas controvérsias de forma mais célere e adequada ao momento contemporâneo. Além disso, a decisão levou em conta a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, de 21 de junho de 1985. Ela não vincula as partes, mas os Estados são convidados a pautar-se por elas, em razão de seus princípios.

A análise legislativa exige que a arbitragem comercial internacional seja subordinada às regras e princípios básicos do Direito Internacional Público, pois se atenua cada vez mais a fronteira teórica que separa as pessoas privadas, submetidas ao direito interno, das pessoas públicas, sujeitas ao Direito Internacional Público. Esta ponderação essencial tornou possível o estabelecimento de um nexo entre o

³⁴⁸MERCOSUL op. cit., 1996, p.220.

³⁴⁹ Constante no Anexo VIII.

assunto de direito internacional, tratado basicamente entre Estados, mas analisado agora sob a ótica privada. Para submeter um conflito à arbitragem, as partes devem firmar as suas vontades respectivas em um instrumento chamado convenção arbitral, cujo conceito consta da própria AACIM, acordo através do qual as partes decidem submeter à arbitragem todas ou algumas controvérsias que tenham surgido ou possam surgir entre elas com respeito a relações contratuais. A arbitragem poderá adotar a forma de uma cláusula compromissória incluída em um contrato, ou a de um acordo independente, conforme o art. 2º, “e” da mesma AACIM.³⁵⁰

Um instrumento de natureza contratual, a ser firmado de boa-fé, conforme dispõe o art.4 da AACIM estabelece no inciso 1 que “a convenção arbitral dará um tratamento equitativo e não-abusivo aos contratantes, em especial nos contratos de adesão, e será pactuada de boa-fé”.

O título do art. 4 já é elucidativo, pois demonstra a vontade do Conselho do Mercado Comum em estabelecer a igualdade entre os agentes da economia privada, menos preocupado com suas reais intenções do que com a norma de conduta objetiva que as partes devem seguir enquanto comerciantes honrados e corretos, a fim de se perseguir e atingir os objetivos do Mercosul. Este é um dos efeitos principais da boa-fé objetiva, que cria deveres anexos.

Para este dispositivo ser melhor interpretado, ele deve ser considerado em sua totalidade. Considera-se a intenção da convenção arbitral de conferir igualdade de tratamento aos pactuantes, estipulando que é caso especial dos contratos de adesão, aqueles em que há menos convenção e negociação e mais aceitação das regras propostas por parte do teoricamente mais fraco ou desprotegido juridicamente. Geralmente impostas pelo mais forte de um dos pólos da relação jurídica, a situação presume uma desigualdade de fato, a qual o Direito procura corrigir.

Neste caso, a regra da boa-fé é entendida como norma de conceito aberto, cuja conduta ampla será analisada de acordo com as circunstâncias objetivas, de fato e de direito, em que for firmada, assumindo o aspecto objetivo.

E se a boa-fé rege a convenção arbitral, também deve pairar sobre o contrato-base, que é o acordo que dá origem às controvérsias submetidas à arbitragem.

É importante levar em consideração que o AACIM e o Acordo entre o Mercosul e a República do Chile e da Bolívia não completaram a processualística da

³⁵⁰ Constante no Anexo VIII.

celebração de tratados, por isto não estão em vigência para os Estados-Partes. Mesmo assim, não perdem sua relevância. Já aqui a boa-fé está na posição de regra de costume do Direito Internacional, mesmo que não ratificada pelos Estados-Partes e associados (Bolívia e Chile). Como já ficou definido no capítulo primeiro, muito se tem utilizado, como prova de um reconhecimento de um costume, aquelas disposições que constam em tratado que ainda não foi ratificado por um Estado e por esta razão ainda não entrou em vigor.

Um dos Estados poderá invocar, como regra costumeira contra o outro, justamente aquelas disposições vinculadas via tratado e não ratificadas ou não colocadas em vigência.

A boa-fé pode, então, ser invocada como norma de direito costumeiro se for necessário enfrentar a discussão sobre um contrato de adesão, e se constar no argumento da parte interessada a existência do princípio no referido Acordo.

Ficou, assim, esclarecido que a doutrina, tomando como base as decisões da CIJ de 1969, reconhece a importância das convenções multilaterais não-ratificadas como fonte de direito costumeiro. Os tratados internacionais, que ainda não tenham entrado em vigor ou que não foram ratificados por um Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada, é fonte costumeira.

O princípio geral da boa-fé está relacionado com o Direito Internacional (em seu prisma objetivo) e com as demais regras do Mercosul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O século XXI começou contraditório. Ao mesmo tempo em que alguns Estados tentam estabelecer normas jurídicas para regular as relações internacionais na área do meio ambiente; algumas potências abrem frentes de guerra, tais como os Estados Unidos, que pedem ou pressionam a ONU para conceder-lhe autorização para iniciar uma ofensiva contra seu ex-aliado Iraque.

A pesquisa situou-se neste período em que a razão está sendo substituída pela incerteza e exige que o homem busque novas dimensões da vida social, econômica e tecnológica para subsistir, razão pela qual foram investigados os mecanismos jurídicos que possam dirimir conflitos, em busca de nova referência teórica capaz de superar as teorias até então utilizadas.

O princípio geral da boa-fé tem origem consuetudinária e estabeleceu-se como um dos exemplos relativamente recentes desse esforço. Foi identificado na manifestação da missão diplomática do Congresso dos Estados Unidos, em 1776; está positivado no ordenamento jurídico internacional e firmou presença, entre outros tratados, na Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de Haia de 1907, na Carta da ONU, de 24 de outubro de 1945 e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre Estado Conforme a Carta da ONU, de 1970.

O instituto da boa-fé, em sua versão objetiva, é considerado um princípio geral de Direito Internacional e, em sua concepção subjetiva, significa um estado ou situação da pessoa, de mera consciência em tomo da licitude ou ilicitude, sobre determinada situação de fato.

Como princípio geral de Direito, é norma de conduta, parâmetro a ser seguido, devendo o intérprete perquirir como agiria um homem reto e correto, com lealdade e fidelidade aos compromissos assumidos, em determinada circunstância de fato.

Possui, por esta razão, um conceito aberto, uma definição abstrata. A sua conceituação não pode ser sintetizada, nem há definição legal. Só é clarificada

através da prática jurídica.

Os intérpretes e aplicadores do Direito têm papel fundamental na identificação de cada caso, da conduta do agente numa determinada situação e, quando da decisão do conflito, casuisticamente, formulam o conceito do instituto.

Somente na condição de princípio geral de Direito Internacional o conceito de boa-fé possui as funções de criação de deveres secundários de conduta, limitação ao exercício de posições jurídicas e constitui-se num método de interpretação, que se aproxima da integração das normas.

Os deveres criados pelo princípio geral da boa-fé são os de proteção, cuidado, providência e segurança para com a pessoa e os bens da contraparte. Deve-se adotar conduta de modo a afastar dano, concorrência desleal para, ao contrário, cooperar. A cooperação é um aspecto relevante dos novos paradigmas do Direito Internacional.

Como limitador do exercício de posições jurídicas, ele impede que um Estado exercite o Direito que possa contrariar a recíproca lealdade.

Como método de interpretação das normas, a integração tem a característica de delinear o campo a ser preenchido pelo juiz e é por esta razão que se aproxima do princípio geral da boa-fé, de conceito aberto que será construído pelo magistrado por ocasião da tomada de decisão.

O Mercosul, como espaço de integração econômica, foi constituído por um Tratado-marco e suas normas possuem a especialidade de fixar objetivos comuns a serem alcançados de forma evolutiva e através da execução de programas conjuntos, dos Espaços-Partes, os quais contêm orientações políticas a serem seguidas. Este perfil não cria uma grande quantidade de normas obrigatórias e inflexíveis.

O princípio geral da boa-fé, por ser um conceito indeterminado, permite a adequação da conduta dos Estados-Partes aos compromissos previamente assumidos, razão pela qual o Tribunal Arbitral tem um grande espaço para a produção de decisões que serão concretizadas em seus laudos arbitrais.

A aplicação do princípio foi referido de diferentes formas pelo Tribunal Arbitral, ora para manter a literalidade da norma, ora para ampliar o seu conteúdo, demonstrando suas várias feições e complexidade.

A recente hermenêutica, ligada ao constitucionalismo surgido no final das últimas quatro décadas, está comprometida com os valores que orientam a ação

humana. A norma jurídica, uma vez criada, visa alcançar determinados objetivos ou preservar determinados valores. A boa-fé, como princípio geral de Direito Internacional, relaciona-se com os demais princípios do Direito Internacional em nível de igualdade, possuindo aplicabilidade direta e imediata e característica de *jus cogens*.

Os princípios gerais do Direito Internacional, especificamente o da boa-fé, numa leitura pós-positivista, guia e fundamenta a ordem jurídica, assume a forma de um mandamento, uma proibição ou permissão, constituindo-se uma das bases para juízos concretos de dever. Esse conceito permite a resolução de controvérsias internacionais, inclusive oriundas do Mercosul, com maior intervenção dos juizes e árbitros, na tomada de decisões que vinculam o comportamento dos Estados e demais sujeitos do Direito Internacional, de maneira a atingir os objetivos e fins previamente fixados nos tratados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR JR., Rui Rosado. A proteção do consumidor no Brasil. In: *Estudos sobre A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Tribunalização e jurisprudencialização no Estado contemporâneo: perspectiva para o Mercosul. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 800, p. 18, jun. 2002.

ALMEIDA, Renato. *A Liga das Nações: constituição, estrutura e funcionamento*. Rio de Janeiro: A Noite. 1938.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 11, abr. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

AKEHURST, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

AZEVEDO, Ivo Sefton. *Direito internacional público*. Porto Alegre: Acadêmica, 1982.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Síntese, n.11, p.61, jul./set. 2001

BASSO, Maristela. *As fontes do direito do Mercosul*. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1624>> Acesso em: 30 ago. 2002.

_____. *Mercosul - seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-*

membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de um ordem justa e solidária*. Ijuí: UNIJUI, 2001.

_____. Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. In: OLIVEIRA, Odete Maria (Coord.). *Relações internacionais & globalização*. 2.ed. Ijuí: Unijui, 1999.

BERGEL, Salvador; PAOLANTONIO, Martín E. Las letras de consumo y su problemática jurídica. In: *Revista do Direito do Consumidor*, n. 9, p. 10-11, jan./mar. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos políticos da história do Brasil. Exposição de motivos do Ministro Rio Branco, 27 dez. 1903, ao Tratado de Petrópolis (Anexação do Acre). Disponível em <http://www.cebola.org.br/txtpolit/socio/vol3/c-134_02.html> Acesso em: 30 ago. 2002.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *O Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1984.

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1979.

CAMARGO, Margarida. *Hermenêutica constitucional*. Palestra realizada no II Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Brasília - DF, 29 out. 1999. Disponível em: <<http://www.idp.org.br/hc-ii.html>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

CHOMSKY, Noam. *Os bombardeamentos atuais: por detrás da retórica*. Disponível em: <http://www.zmag.org/current_bombings.htm. Copyright>

_____. *Pensamento, crítica e criação 70*. Disponível em: <http://www.udc.es/dep/lx/cac/sopirrait/sr070.htm#chomsky>. Acesso em 7 ago. 2002.

- COIMBRA, Márcio. Mudanças diplomáticas. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 27 nov. 2001. Legislação.
- CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, v.1, 1984.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. I Jornada Luso-brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DINH, Ngyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. de Vítor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1992.
- ENECERUS, Ludwig. *Direito das obrigações*. Barcelona: Bosch e Urgel, v. 1.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El principio general el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.
- GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 1º. out. 2001.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOYOS JR., Durval de Noronha. *Certas especificidades do ordenamento jurídico dos EUA vistas como obstáculos à ALCA: uma perspectiva brasileira*. Disponível em: <<http://www.noronhadvogados.com.br/aulas/au0501e1.HTM>>.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesário. *Derecho internacional público*. Madrid: Trotta, 1995. Colección Estructuras y Procesos.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica. Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, t. I.
- MARQUES, Cláudia de Lima. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código do*

Consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 19, jul./set. 1998.

_____. *Os princípios uniformizadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980*. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoas/Judith.16/05/2001>>. Acesso em

MAGNOLI, Demétrio. *O novo mapa do mundo*. ed. atual. São Paulo: Polêmica, 1993.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENÉNDEZ, Marinõ M. Fernando. *Derecho intercional público - parte geral*. 3. ed. Madrid: Trotta 1999.

MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin, 1998.

MERCOSUL. *Acordos e Protocolos na Área Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Série Integração Latino-americana.

_____. *Legislação e textos básicos*. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Ministério das Relações Exteriores. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2000.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *O que são tratados internacionais?* Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/leis_codigos/index_inter.htm> Acesso em: 22 ago. 2002.

MONSERRAT FILHO, J. *O que é direito internacional* São Paulo: Brasiliense, 1986.

MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Série Os Pensadores).

MORAIS, José Luis Bolzan. *Soberania, direito humanos e ingerência: problemas*

fundamentais da ordem contemporânea. O Mercosul em movimento. LIMA, Deisy de Freitas Ventura (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários a educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

MUNEIRO, Lilian. *Mais guerra no final do século*. Laboratório de Mídia e Conhecimento - CEHCON. Disponível em <Lamco@univali.rct-sc.br>. Acessado em abril de 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais e globalização: grandes desafios. In: BEDIN, Gilmar Antonio. *Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos*. Ijuí: UNIJUI, 1998.

_____. *Relações internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

PREDEGAL, Carlos Cristótopo del. Las sentencias arbitrales y su eventual incompatibilidad con resoluciones judiciales internas. *Revista Diplomacia*, Santiago do Chile, n. 87, abr./jun. 2001.

QUADROS, Fausto. *Direito das comunidades europeias e direito internacional público - contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu*. Lisboa: Almedina, 1991. Coleção Teses.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 5.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

REZEK, J. Francisco. *Curso elementar de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSA, Luis Fernando Franceschini da. *Mercosul e função judicial - realidade e superação*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Jurisprudência e princípios gerais do direito no direito internacional*. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin, 1998.

SCOTT, James Brown. *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*. Dotación Carnegie para la paz Internacional. Nueva York: Oxford University, 1916.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional*

público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978.

SILVA, Roberto Luiz. *O direito econômico internacional e o direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Tese para concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1964.

SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no direito civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, 1972.

SODER, José. *História do direito internacional*. Frederico Westphalen: URI, 1998.

THÜR, Von. *La buena fe en el derecho romano y en derecho actual*. Trad. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 (Série Integração Latino-Americana).

ZERO HORA. Caderno de Economia. Porto Alegre, 1º/out./2001, p.22.