

A CONEXIDADE ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS, COSTUMES E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

THE CONNECTEDNESS BETWEEN INTERNATIONAL TREATIES, COSTUMS AND GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Amina Welten Guerra¹

RESUMO: Este escrito parte do entendimento de que os meios tradicionais de formação do direito internacional, a saber: tratados, costumes e princípios gerais de direito devem ser lidos e estudados em relação e não de modo estanque e isolado. Para tanto, a proposta é a de demonstrar de que modo tais elementos se relacionam e se solicitam reciprocamente. Cada uma destas fontes é descrita pelo autor como um subsistema normativo dentro do direito internacional. Subsistemas estes que interagem formando parte do que se entende por teoria geral do direito internacional. Nossa tese é a de que compreender estes subsistemas desta forma torna mais robusta a apreensão geral da teoria internacionalista. A metodologia empregada é a jurídico-normativa de caráter propositivo. A pesquisa foi realizada a partir da análise de inúmeros instrumentos normativos do direito internacional a fim de se estabelecer uma relação entre eles.

Palavras-chaves: Tratados – Costumes internacionais – Princípios Gerais de Direito

ABSTRACT: This writing is based on the understanding that the traditional production model of international law based on treaties, customs and general principles of law must be read and studied in relation and not in a sealed and isolated way. To attend this purpose the article demonstrates how these elements relate and request each other. Each of these sources is described by the author as a normative subsystem within

¹ Doutora cum laude em Direito Internacional. Conselheira da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Professora de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Secretária Geral da Comissão de Direito Internacional da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro da Comissão de Oratória Jurídica da OAB/MG. Mestre cum laude em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de Direito Público, linha de pesquisa: Direitos Humanos, Processos de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional. Professora voluntária, membro e Diretora de Relações Internacionais do Programa Direito na Escola da Comissão da OAB Direito na Escola entre 2016-2018. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Internacional do CEDIN ministrando aulas de Teoria Geral do Direito Internacional Público, Segurança Internacional, Direitos Humanos, Direitos dos Refugiados e Direito Internacional Humanitário. Possui Mestrado Profissionalizante em Direitos Humanos, Migração e Desenvolvimento pela Universidade de Bolonha/Itália e também é pós-graduada em docência com ênfase em ensino jurídico pela Faculdade Arnaldo. Graduada em Direito pela Universidade de Bolonha/Itália com título reconhecido pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Colaborou durante sua permanência na Itália com a editora Wolters Kluwer na área de Direito Internacional Privado. Fala quatro (4) línguas estrangeiras. Advogada inscrita na OAB/MG atuante em Direito Internacional com ênfase em Direito do Estrangeiro e Processos de cidadania e Direito das Famílias Internacionais.

international law. These subsystems interact, forming part of what is understood as the general theory of international law. Our thesis is that understanding these subsystems in this way makes the general apprehension of the internationalist theory more robust. The methodology used is legal-normative with a propositional nature. The research was carried out based on the analysis of numerous normative instruments of international law to establish a relationship between them.

Key Words: International treaties – International Customs – General Principles of Law

INTRODUÇÃO

A formação do direito internacional é estudada seguindo o exposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que elenca tratados internacionais, costumes internacionais e princípios gerais de direito como as principais fontes do direito internacional.

Atualmente, inúmeros outros instrumentos normativos devem ser levados em consideração neste rol, tais como aqueles de *soft law* não obstante seu caráter não vinculante.

O estudo da tríade tratados, costumes e princípios gerais de direito é feito de modo isolado e estanque, o que não permite ao jurista internacionalista uma apreensão realmente aprofundada do sistema normativo internacional.

Por esta razão este estudo expõe sem pretensões de exaurimento, algumas das formas pelas quais os tratados internacionais e os costumes internacionais se relacionam trazendo exemplos doutrinários e jurisprudenciais. Apesar de não trazer para o texto a relação de outros instrumentos normativos internacionais como aqueles de *soft law* algumas menções são feitas de modo *an passant*.

Posteriormente, adentra-se na relação e comunicação existente entre os tratados e princípios gerais de direito demonstrando de que modo estas categorias podem se solicitar mutuamente.

DESENVOLVIMENTO

O olhar sobre a pluralidade da rede de relações existentes entre os subsistemas normativos que integram o sistema internacional não permite esquivar da investigação do modo pelo qual tratados, costumes e princípios gerais de direito se relacionam.

Isto posto, salienta-se que a origem do direito internacional nos remete a um direito preponderantemente consuetudinário. Na medida em que o direito internacional foi adquirindo maior sistematicidade e concretude, ocorrerá um maior número de tratados firmados, especialmente, na segunda metade do século XX, sobretudo, com o reforço do multilateralismo, de forma que os tratados multilaterais foram tomando as rédeas do desenvolvimento do direito internacional².

Se o direito consuetudinário era no passado a fonte por excelência do direito internacional tal protagonismo cedeu espaço para os tratados sem, contudo, fazer com que tal fonte fosse eliminada do rol do artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Assim, tanto tratados quanto costumes são fontes antiquíssimas do direito internacional, mas que hoje se apresentam com uma inter-relação remodelada devido à reacomodação de interesses na esfera internacional.

Os tratados internacionais vinculam apenas os Estados signatários³, enquanto o direito consuetudinário vincula, via de regra, a todos os Estados por via de uma aceitação generalizada.

Contudo, as normas contidas em um tratado que age codificando normas costumeiras serão, também, vinculantes a terceiros, por força do direito costumeiro.

De outro lado o tratado pode, também, agir proporcionando uma estrutura de transmutação de suas disposições para normas costumeiras em virtude do requisito da prática dos Estados, ou seja, o tratado pode ser evidência também da *statepractice*.

Esta transposição não significa que um tipo normativo se substitui ao outro, mas ambos passam a coexistir, na qualidade de subsistemas que interagem, ainda, que mantendo sua existência própria dentro do sistema normativo internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, por exemplo, é quase que integralmente fruto de normas costumeiras. Aqui tem-se um tratado que codificou costumes.

²Vide SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge University Press, 2017, p. 100. Claro que a conclusão de tratados não é algo moderno, mas algo que remonta a séculos antes de cristo. Por volta do ano 2100 A.C. os representantes de Lagash e Umma firmaram um acordo exigindo o respeito aos limites territoriais entre estas cidades-estados.

³BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007. Pelo fato de os tratados internacionais produzirem efeitos somente em relação às partes que assim consentiram quanto à sua realização, alguns autores discutem se os tratados, portanto, não seriam fontes de obrigação e não fontes do direito internacional uma vez que, em princípio, tais tratados não se aplicam indiscriminadamente a todos os Estados. Na realidade são poucos os tratados que podem constituir uma verdadeira fonte do direito internacional pelo fato de ter contado com a adesão da maioria dos Estados.

É relevante registrar, que a gênese da codificação do direito internacional público remonta a um projeto de código de Epiácio Pessoa, diplomata e ex-presidente do Brasil em 1911. Esta iniciativa, uma década depois, servirá de ponte para a elaboração de um relatório preparado por um comitê de experts em codificação do direito internacional e que foi, posteriormente, encaminhado ao Conselho da extinta Sociedade das Nações.

Em 1928, nasce, portanto, a primeira Convenção Sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Havana). Note-se como foi um concatenar de iniciativas e instrumentos que inspirou, posteriormente, os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e que caracterizou a gênese da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969.⁴

Não há linearidade na produção normativa internacional, passa-se de um método para o outro e, todos os elementos concorrem para a formalização de uma fonte ou uma norma positiva.

Uma outra questão relevante diz respeito à influência dos tratados não ratificados na formação dos costumes internacionais. É comum que os acordos prevejam em seus textos um número mínimo de ratificações ou mesmo um determinado período de tempo para que entrem em vigor.

Ao pensar no caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, quando o Brasil ainda não a havia incorporado em seu ordenamento jurídico interno o então Ministro Celso Lafer já havia notado que a CVDT era “o repositório mais completo e orgânico das normas geralmente consagradas nesta matéria, e ponto de referência natural no tratamento do assunto, mesmo para os Estados que dela não são partes”.⁵

No contexto do acolhimento de refugiados a situação se põe de maneira ainda mais interessante uma vez que um dos países que mais acolhe refugiados no mundo, como o Líbano, não faz parte da principal convenção sobre o tema: a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Ainda assim, o Líbano, no seu procedimento de acolhimento interage com inúmeros aspectos da Convenção, pela prática.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Law Commission**. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, part. II, may/july 1966.

⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 496, de 2009**. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Brasília: DF, 1992.

Janmyr,⁶ em um estudo de campo buscando compreender o porquê o país rejeita a ratificação do instrumento convencional mesmo acolhendo inúmeros indivíduos sob o *status* de refugiados, encontrou dentre as motivações, *inter alia*, o fato da ratificação ser redundante, já que o país recebe frequentemente estas pessoas.

De modo geral, contudo, qual é o efeito legal de tratados pendentes de ratificação? Ao se levar em consideração que a manutenção do objeto e propósito do tratado devem ser mantidos em boa-fé pelas partes, é inegável o movimento de inter-relação entre tratados - ainda não em vigor - e a formação de um costume internacional.

Eustathiades, *apud* Trindade,⁷ colaciona no sentido que, é:

Inegável que uma ‘convenção de codificação’ assinada e que não tenha entrado em vigor, mas que tenha garantido um número substancial de ratificações possa contribuir para a formação do costume internacional, e que uma regra nela incorporada possa sob certas condições tornar-se uma regra do direito internacional geral.

É *soft law* ou é costume? Como distinguir? A diferença parece evidente: no costume existe a convicção da obrigatoriedade do comportamento, na *soft law*, isto não existe.

Porém, a distinção fica bem menos clara quando a *opinio iuris* se funde com a prática do Estado, retirando o requisito duplo para a configuração do costume internacional.

Charlesworth⁸ cita os magistrados Tanaka e Sorensen para destacar que, devido à dificuldade de se evidenciar a *opinio iuris* vários magistrados destacam que é necessário presumi-la a partir da prática do Estado.

É dominante a ideia que os costumes internacionais são de menor importância do que no passado, mas dado o aumento do uso de instrumentos de *soft law*, estes não estariam revitalizando a categoria do costume internacional uma vez que podem se apresentar como evidência destes?

⁶JANMYR, Maja. No Country of Asylum: Legitimizing Lebanon’s Rejection of the 1951 Refugee Convention’ **International Journal of Refugee Law**, Volume 29, Issue 3, Outubro 2017, p. 438-465. Para aprofundarem questões correlatas ver: Martin Jones, ‘Expanding the Frontiers of Refugee Law: Developing a Broader Law of Asylum in the Middle East and Europe’ (2017).

⁷C.Th. Eustathiades, Unratified Codification Conventions (Gilberto Amado Memorial Lecture). Geneva: United Nations Publ., 1973, p. 78 in: TRINDADE, A.C. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p.85-86.

⁸Charlesworth, ‘Customary International Law and the Nicaragua Case’ in The Australian Year Book of International Law, 1991 p.10.

O sistema de fontes como apresentado de maneira bastante simplória pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, representa apenas uma base deste universo de estudo e analisado da forma fragmentada e linear como se apresenta, impede ao jurista internacionalista de compreender as inter-relações e as dinâmicas que ocorrem dentro do sistema normativo internacional.

Mas os tratados, nem por isso, representam a linha de chegada, o ponto último de cristalização de normas internacionais pois podem contribuir para retroalimentar os costumes, já que muitos tratados não apenas afirmam a existência de normas consuetudinárias —cujo caso clássico é o da CVDT—, mas também podem abrir a estrada para o desenvolvimento de outros costumes internacionais⁹.

Sob outra perspectiva, os costumes internacionais por sua vez, podem alterar ou restringir o conteúdo normativo de tratados internacionais. Esta relação pode ser percebida na Opinião Consultiva de 1996 que trata da Legalidade da Ameaça ou uso de Armas Nucleares¹⁰ onde a Corte ao dissertar sobre o direito à autodefesa, conforme previsto por um dispositivo convencional, demonstra que, apesar do modo pelo qual um Estado pode exercer seu direito à autodefesa não estar descrito no artigo 51 da Carta da ONU¹¹, o exercício de tal direito está limitado pelo conceito em si de autodefesa.

Neste sentido: “existe uma regra específica segundo a qual a legítima defesa justificaria apenas medidas proporcionais ao ataque armado e necessárias para responder a ele, regra bem estabelecida no direito internacional consuetudinário”.¹² (tradução nossa).

Tal afirmação demonstra, por exemplo, que mesmo que o artigo 51 da Carta da ONU não traga os elementos da proporcionalidade e da razoabilidade no exercício do direito à autodefesa, existiria uma norma costumeira que imporia tal limitação. Ou seja, a circularidade entre os meios de produção está presente e se movimenta em direções distintas.

⁹D’AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law** In: American Journal of International Law, 1969. p. 211-223. D’Amato tensiona ainda mais esta relação dizendo que tratados deveriam ser pensados como criadores de direito costumeiro internacional.

¹⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, (Opinião Consultiva), 1996.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Artigo 51. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”.

¹²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, (Opinião Consultiva), p. 245, para. 41, 1996. “There is a specific rule whereby self-defence would warrant Only measure which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law”.

Este sentido de limitação, igualmente, pode ser visto na relação entre instrumentos convencionais e instrumentos não vinculantes no âmbito do Direito do Mar, na medida em que a Convenção do Direito do Mar requer que os Estados adotem leis e regulamentos, bem como “práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados”.¹³

Rao¹⁴, menciona a importância da Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios que Governam o Fundo do Mar e Fundo do Oceano e o Subsolo para além dos limites da jurisdição Nacional na adoção da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982. O autor menciona como a Declaração rejeitou tentativas dos Estados quanto ao estabelecimento de direitos unilaterais das partes num esforço de alargar o conceito de liberdade dos mesmos e reafirmou o conceito de patrimônio comum da humanidade aplicando o conceito a tais recursos.¹⁵

Os doutrinadores, de modo geral, excluem os instrumentos de *soft law* da análise das fontes do direito internacional pelo fato deles serem incontestavelmente não vinculantes e, portanto, não passíveis de serem chamados em causa pela violação de suas disposições¹⁶.

Instrumentos de *soft law* não exigem *compliance* por parte dos Estados, portanto, em nem sendo direito não merecem análise. Tal argumentação é ingênua pois os instrumentos de *hard law*, por sua vez, não são sempre necessariamente cumpridos, assim como os instrumentos de *soft law* não são também sempre descumpridos. Em

¹³BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Poluição de origem terrestre. 1. Os Estados devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de fontes terrestres, incluindo rios, estuários, dutos e instalações de descarga, tendo em conta regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados. 2. Os Estados devem tomar outras medidas que possam ser necessárias para prevenir, reduzir e controlar tal poluição. 3. Os Estados devem procurar harmonizar as suas políticas a esse respeito no plano regional apropriado. 4. Os Estados, atuando em especial por intermédio das organizações internacionais competentes ou de uma conferência diplomática, devem procurar estabelecer regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados, de caráter mundial e regional para prevenir, reduzir e controlar tal poluição, tendo em conta as características próprias de cada região, a capacidade econômica dos Estados em desenvolvimento e a sua necessidade de desenvolvimento econômico. Tais regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados devem ser reexaminados com a periodicidade necessária. 5. As leis, regulamentos, medidas, regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados, referidos nos parágrafos 1º, 2º e 4º devem incluir disposições destinadas a minimizar, tanto quanto possível, a emissão no meio marinho de substâncias tóxicas, prejudiciais ou nocivas, especialmente as substâncias não degradáveis.

¹⁴Adotada pela Resolução das Nações Unidas n. 2749 XXV de 1970.

¹⁵RAO, Pemmaraaju Sreenivasa. **Role of Soft Law in the development of international law**: some random notes. Essays in International Law, p. 77, para. 7.

¹⁶ Basta notar quantas páginas as doutrinas de direito internacional destinam aos instrumentos de *soft law* para constatar que tradicionalmente não se confere a estes instrumentos a sua real importância no universo de formação do direito internacional.

outras palavras, escolher analisar a categoria normativa pelo fato dela ser teoricamente considerada vinculante ou não vinculante empobrece a compreensão da formação do direito internacional contemporâneo.

Neste sentido, Kratochwill¹⁷ ao dissertar sobre a diferença entre regras (que teriam conteúdo geral) e normas, traz que nem sempre é simples identificar a natureza das normas no sentido que determinadas regras do jogo estão mais para normas tácitas que para regras de pleno direito citando o seguinte exemplo:

A observância do SALT II pelos EUA até maio de 1986 deveu-se a um acordo tácito porque o tratado nunca foi ratificado e expirou muito antes de os EUA se desviarem dos números estipulados de ogivas. No entanto, uma vez que o governo anunciou repetidamente a sua intenção de cumprir o tratado, tem que se perguntar a que o termo “tácito” se refere nestes contextos. Da mesma forma, anúncios unilaterais, como reivindicações de uso exclusivo do espaço oceânico para fins de teste de mísseis ou armas atômicas, foram atendidos tanto pelos EUA quanto pela URSS, e o cumprimento desses pedidos foi explicado em termos de um entendimento tácito. (tradução nossa).

Assim, demonstra-se que o cumprimento do direito internacional é, no mínimo híbrido e, suas motivações escapam a razões de ordem puramente jurídica, análise que poderá ser feita em outro momento, em razão do escopo do presente artigo.

Por outro lado, o fato de os Estados cumprirem disposições expressas em instrumentos não vinculantes “pode refletir o amadurecimento do sistema normativo e da sociedade internacional”.¹⁸ (tradução nossa)

Boyle e Chinkin ao refletirem sobre o tema das fontes, destacam que os tratados são vistos como a forma de produção normativa internacional de maior relevo. Sustentam os autores que isto se deve ao fato que o processo de negociação dos tratados e seu caráter vinculante são o que existem de mais próximo a um verdadeiro

¹⁷KRATOCHWILL, Friedrich V. **Rules, Norms, and Decisions on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs**. Cambridge University Press, 1989, p. 54. “The observance of SALT II by the U.S. until May 1986 was due to a “tacit” agreement because the treaty was never ratified and had expired long before the U.S. deviated from the stipulated numbers of warheads. However, since the administration repeatedly announced its intention to abide by the treaty on has to wonder to what the term “tacit” refers in this context. Similarly, unilateral announcements, such as claims to the exclusive use of ocean space for purposes of testing missiles or atomic weapons, have been heeded by both the U.S. and the U.S.S.R., and the compliance with these requests has been explained in terms of a tacit understanding”.

¹⁸SHELTON, D. L. Soft law. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, GW Law, 2008, p. 13. “May reflect a maturing of the legal system and international society”.

instrumento legislativo internacional. Os autores identificam no ano de 1920, o momento no qual os tratados foram adicionados a uma lista potencial de fontes do direito internacional pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) como ‘regras expressamente reconhecidas pelos Estados concorrentes’¹⁹.

Porém, como tratados só valem para as partes que nele consentem, a partir de então, à medida em que temos mais e mais Estados consentindo em tratados internacionais estes poderão se tornar evidência da existência de novas normas costumeiras como já mencionado.

Pode parecer um paradoxo, mas ao mesmo tempo que os costumes internacionais perdem seu posto de protagonistas entre os subsistemas normativos, os tratados internacionais são capazes de identificá-los de maneira mais clara, o que realça a preponderância destes em inúmeros instrumentos convencionais do direito internacional.

Em outras palavras, em que pese os tratados serem considerados um subsistema de grande prestígio no direito internacional, inúmeros costumes foram identificados por via da codificação e, como normas costumeiras e normas convencionais possuem existências autônomas, a codificação dos tratados, de certa forma, aumentou a certeza da existência dos costumes internacionais²⁰.

Em suma, tratados e costumes, conforme o Quadro 3, possuem, em princípio, os padrões de conexidades demonstrados abaixo.

Quadro 1 - Conexidade entre tratados internacionais e costumes internacionais

CONEXIDADE ENTRE TRATADOS E COSTUMES INTERNACIONAIS
Tratados que codificam costumes internacionais
Tratados que se tornam evidência da prática do Estado
Costumes internacionais que delimitam normas convencionais
Tratados que retroalimentam costumes
Tratados que se sobrepõem a costumes
Costumes que se sobrepõem a tratados

Fonte: Elaborado pelo autor.

¹⁹BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007, p.138. “Rules expressly recognized by contesting States”.

²⁰Hoje é admissível que um tratado se sobreponha a um costume pré-existente assim como que um costume posterior se sobreponha a um tratado, basta pensar no caso de vários Estados que não cumprem um tratado internacional e como isto altera o direito costumeiro sobre a matéria.

Passar-se-á, neste momento, a uma breve digressão a respeito da conexão entre tratados internacionais e princípios gerais de direito.

Os princípios gerais de direito são a fonte mais controversa entre as três principais enunciadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Voltarão à tona em tempos mais recentes com o desenvolvimento de áreas como o direito penal internacional, o direito humanitário, os direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente.

A dificuldade de contextualizar os princípios gerais de direito no sistema normativo positivista tem a sua origem no fato do consentimento do Estado ter eclipsado o verdadeiro propósito do direito internacional.

Afinal, o consentimento dos Estados consistiu na mola propulsora do direito internacional, deste modo, poder-se-ia indagar, igualmente, se os princípios gerais de direito deveriam ser sempre consentidos para existirem ou, se estas normas seriam fruto de uma consciência coletiva dos povos e, se sim de qual maneira poderiam ser identificados?

A Corte Internacional de Justiça no caso *Libéria vs. África do Sul*²¹ parece ter deixado claro que era preciso encontrar estes princípios reproduzidos em alguma modalidade formal. É o que se nota pela afirmação feita pelo órgão onde foi estatuído que, a: “Corte de Direito só pode levar em consideração os princípios morais apenas na medida em que estes tenham uma expressão suficiente na forma legal” (*tradução nossa*). Esta concepção onde consentimento e forma legal são indissociáveis, leva a uma noção analítica e mecanicista do direito internacional como já aprofundado em outra sede.

Em segundo lugar, a expressão “reconhecidos pelas nações civilizadas” do art. 38, 1 (c), gera, duas considerações: a primeira, a respeito do termo ‘nações civilizadas’, que parece ter sido abandonada pelo evidente viés eurocêntrico e, a segunda, que a expressão parece ter o intuito de identificar as nações “capazes” de produzir princípios relevantes para o direito internacional, deixando subentendida a ideia de um consentimento implícito para a identificação dos princípios como princípio “geral de direito”.

²¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte Internacional de Justiça**, Reports, *Liberia v. South Africa*. (*Ethiopia v. South Africa*), 1996, 6, 34. “A court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form”.

O fato de a norma mencionar ‘nações civilizadas’ indica que entre estas haja uma espécie de consentimento, ainda que tácito, quanto à existência de certos princípios gerais.

Traçadas estas considerações, afirma-se que há uma interação entre tratados internacionais e princípios gerais de direito. Estes subsistemas foram explicitados da seguinte forma pelo Tribunal de Nuremberg²²:

O Direito da Guerra encontra-se não apenas nos tratados, mas também nos costumes e práticas dos Estados que gradualmente obtiveram reconhecimento universal, e nos princípios gerais de justiça aplicados pelos juristas e praticados pelos tribunais militares. Esta lei não é estática, mas por adaptação contínua segue as necessidades de um mundo em mudança. De fato, em muitos casos, os tratados não fazem mais do que expressar e definir para uma referência mais precisa os princípios de direito já existentes. (tradução nossa).

Na citação supra, identifica-se, um dos perfis de conexão entre tratados internacionais e princípios gerais de direito na medida em que os tratados internacionais trazem uma identificação e uma maior precisão aos princípios gerais de direito.

A relação entre normas de diferentes fontes do direito internacional pode ser analisada, também, sob o enfoque do conflito entre elas. Ou seja, poder-se-ia analisar a relação entre princípios gerais de direito e normas convencionais, a partir do momento em que haja uma contradição entre eles para a sua aplicação em um caso concreto. Uma vez que inexistente hierarquia entre as fontes do direito internacional, qual delas se aplicaria a um caso específico, em caso de contradição?

Shao²³ chama atenção ao fato que, nestes casos, há uma preferência pela utilização de normas, que não os princípios, uma vez que, por serem os princípios gerais de direito menos relacionados à vontade dos Estados “eles seriam naturalmente menos específicos e relevantes que normas costumeiras ou convencionais que governam um assunto em particular.” (tradução nossa).

²²TRIBUNAL DE NUREMBERG. Julgamento do Tribunal Militar Internacional, 1945, vol. 1, p. 221. “The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing”.

²³ SHAO, Xuan. **Chinese Journal of International Law**. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho. Para. 57, 2021. “They would naturally be less specific than relevant conventional or customary rules governing a particular subject matter SHAO, Xuan. What We Talk about When We Talk about General”.

O autor fala em *lexspecialis* e *lexgeneralis* para tratar da relação entre princípios gerais de direito de um lado e normas convencionais ou costumeiras de outro. Assim, a despeito do fato dos princípios gerais de direito serem considerados menos específicos por estarem menos conectados à vontade e ao comportamento manifestado pelos Estados (*lexgeneralis*) nada impede que tais princípios sejam usados como guias na interpretação de outras tipologias normativas²⁴.

Este entendimento fornece maior concretude à posição dos princípios gerais de direito enquanto subsistema normativo que interage com os demais. Subsistema este que possui uma existência própria e uma força normativa diferenciada da dos costumes ou normas convencionais.

Tal posição já foi confirmada por diferentes órgãos jurisdicionais, como no caso *Amoca International Finance Corporation* onde o Tribunal arbitral considerou que o princípio da *lexspecialis* não ignora a existência de regras gerais e que a regra geral “pode ser usada para preencher uma possível lacuna no Tratado, para identificar o sentido de termos indefinidos em seu texto ou, de modo mais geral, para ajudar na interpretação e na aplicação de sua disposição”²⁵. (tradução nossa).

Assim, observa-se que, os princípios gerais de direito se relacionam aos tratados, preponderantemente, na medida em que auxiliam na sua interpretação e na sua aplicação. Porém é necessário salientar que os tratados podem reforçar princípios gerais já existentes em um movimento de circularidade entre subsistemas normativos.

Neste sentido, o quadro 4, destaca a conexão entre tratados e princípios gerais de direito.

Quadro 2 - Conexidade entre tratados e princípios gerais de direito

CONEXIDADE ENTRE TRATADOS E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO
Tratados que reforçam princípios gerais de direito
Princípios gerais de direito que auxiliam na interpretação/aplicação de normas convencionais

Fonte: Elaborado pelo autor.

Por certo que estas não são as únicas inter-relações existentes, pois ao se

²⁴SHAO, Xuan. *Chinese Journal of International Law*. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho Para. 57, 2021. “What We Talk about When We Talk about General”.

²⁵Iran vs. Us Claims Tribunal Case”, n. 56, 1987, para.112. “May be useful to fill in possible lacunae of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provision”.

expandir o campo de análise, por exemplo, à conexão entre resoluções de organizações internacionais de cunho decisório e vinculante ou mesmo não vinculante aos meios tradicionais de produção do direito internacional (tratados, costumes e princípios gerais de direito) notar-se-á uma outra série de relações.

Do mesmo modo que ao decupar os inúmeros instrumentos de *soft law* existentes a estas mesmas fontes, um outro conjunto de relacionamentos surge oferecendo uma série de outras lentes de análise ao rico universo de instrumentos normativos existentes na sociedade internacional.

Como um único derradeiro exemplo, neste sentido, cita-se a relação existente entre os Códigos de Conduta, como instrumentos de *soft law* e a prática dos Estados (como um dos elementos que pode vir a compor, para todos os efeitos, um costume internacional).

Os códigos de conduta podem se apresentar como verdadeiros arranjos híbridos público-privados onde os Estados seengajam em relacionamentos com a sociedade civil e com determinados gruposeconômicos para assegurar o cumprimento de determinados objetivos.²⁶

No âmbito das Nações Unidas, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e a CNUCED (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) possuem códigos que buscam influenciar as empresas multinacionais e que cujo cumprimento integra a agenda de seus órgãos de supervisão.

Portanto, dentro da OCDE, por exemplo, existe um Comitê especial que tem o poder de verificar o cumprimento do código de conduta dentro das empresas multinacionais.²⁷ Se verifica, neste sentido, a conexão deste instrumento da softlaw com a prática de multinacionais, o que por sua vez, pode integrar espectros importantes de compliance dos Estados quanto à fiscalização de certos padrões comportamentais e respeito aos direitos humanos.

CONCLUSÕES

²⁶KOH, Harold Hongju. Twenty-first- century international lawmaking. In: **The Georgetown LawJournalOnline**. Vol.101online:1.p.16-17.

²⁷OECD (2022), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, OECD Publishing, Paris.

A partir desta breve incursão nas relações existentes entre tratados internacionais, costumes e princípios gerais de direito, buscou-se evidenciar que tais categorias não podem e não *devem* ser estudadas e compreendidas de modo estanque.

Isto porque os tratados estão em relação com os costumes e vice-versa, quando por exemplo os tratados são evidência da prática do Estado formalizando tais práticas, ou mesmo quando os costumes auxiliam na interpretação de normas convencionais, dispendo a respeito do seu alcance.

Da mesma forma, observa-se que princípios gerais de direito podem auxiliar na interpretação e aplicação de normas convencionais, assim como as normas convencionais, ao formalizarem a existência de certos princípios, conferem a estes maior força normativa.

O estudo dos aqui chamados subsistemas normativos que compõem o direito internacional deve-se dar em conexão, observando seus elementos em interação e constante comunicação. Tais subsistemas normativos, no nosso entendimento, certamente não se limitam a tratados, costumes e princípios gerais de direito, mas poderiam ser expandidos a todos os inúmeros instrumentos de *soft law* existentes, bem como a outras fontes bem reconhecidas como as resoluções de organismos internacionais.

Contudo, o foco do presente artigo foi o de apresentar uma parte deste pensamento, mas com o intuito de que esta epistemologia de olhar sistêmico possa estar presente nos estudos relacionados à formação do direito internacional em especial, na contemporaneidade.

Este entendimento demonstra uma compreensão mais madura, sólida e verossímil do modo de formação do direito internacional contemporâneo e pode auxiliar o jurista a antecipar tendências de entendimento normativo e jurisprudencial quanto à evolução de institutos, práticas e conceitos do sistema internacional como um todo.

REFERÊNCIAS

BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. **The Making of International Law (Foundations of Public International Law)** General editors: Malcolm Evans and Phoebe Okowa. Oxford. New York. 2007.

BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.**

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 496, de 2009.** Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Brasília: DF, 1992.

CHARLESWORTH. ‘Customary International Law and the Nicaragua Case’ in *The Australian Year Book of International Law*, 1991.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Reports, 1986.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, (Opinião Consultiva), 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte Internacional de Justiça.** Reports, Liberia v. South Africa. (Ethiopia v. South Africa), 1996.

D’AMATO, Anthony. **The Concept of Custom in International Law** In: *American Journal of International Law*, 1969.

JANMYR, Maja. No Country of Asylum: Legitimizing Lebanon’s Rejection of the 1951 Refugee Convention’ **International Journal of Refugee Law**, Volume 29, Issue 3, Outubro 2017.

KOH, Harold Hongju. Twenty-first- century international lawmaking. In: **The Georgetown LawJournalOnline**.Vol.101online

KRATOCHWILL, Friedrich V. **Rules, Norms, and Decisions on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs.** Cambridge University Press, 1989.

OECD (2022), Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, OECD Publishing, Paris.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Artigo 51.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Law Commission**. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, part. II, may/july 1966.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa. **Role of Soft Law in the development of international law**: some random notes. Essays in International Law, p. 77, para.7.

SHAO, Xuan. **Chinese Journal of International Law**. Principles of Law. V. 20, Issue 2, Junho Para. 57, 2021.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge University Press, 2017.

SHELTON, D. L. Soft law. **GW Law Faculty Publications & Other Works**, GW Law, 2008.

TRIBUNAL DE NUREMBERG. Julgamento do Tribunal Militar Internacional, 1945, vol. 1.

TRINDADE, A. C. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.