

VALOR JURÍDICO DAS RESOLUÇÕES, DECLARAÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS

*LEGAL VALUE OF RES-
OLUTIONS, STATEMENTS
AND INTERNATIONAL
RECOMMENDATIONS*

*Marcelo Lamy*¹

Universidade Católica de Santos

Resumo

Fazendo uma revisão crítica da teoria clássica das fontes do Direito Internacional, esse texto apresenta um conjunto de argumentos que explicam porque instrumentais não tradicionalmente identificados como fonte primária e formal do direito podem e possuem essa função na prática. Comprova, enfim, com

argumentos lógicos e empíricos, a necessidade de se rever a teoria das fontes.

Palavras-chaves

fontes do direito; organizações internacionais; convenções internacionais; costumes internacionais; princípios gerais do direito; *ius cogens*.

Abstract

Making a critical review of the classical theory of sources of International Law, this paper presents a set of arguments that explain why instrumental not traditionally identified as the primary and formal source of law can and do have this function in practice. Finally, proves with logical and empirical arguments, the need to revise the theory of sources.

Keywords

sources of law, international organizations, international conventions, international customs, general principles of law; *ius cogens*.

INTRODUÇÃO

No direito internacional não há uma regra geral de reconhecimento que permita individualizar quais são suas fontes.

Nada obstante isso, desde 1920, o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (transformada em

¹ Bacharel em Direito (UFPR). Mestre em Direito Administrativo (USP). Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Pró-Reitor de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Católica de Santos (UniSantos). Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional da UniSantos. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Regimes e Tutelas Constitucionais, Ambientais e Internacionais”. Coordenador da Cátedra Sérgio Viera de Mello – AC-NUR\ONU na UniSantos.

Corte Internacional de Justiça, em 1945) consolidou uma pauta para o estudo das fontes formais do direito internacional:

Artigo 38

1. A Corte ["cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas" – trecho inserido em 1945] aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

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

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão

ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.

Desde então, essa tem sido a pauta sob a qual os internacionalistas têm escrito suas considerações sobre esse tema. Ocorre, no entanto, que o direito internacional, como todo ramo do direito, é dinâmico. Os renovados interesses (referimo-nos notadamente aos direitos humanos e aos direitos ambientais), as novas necessidades da realidade internacional (fazemos referência em especial à cooperação), a heterogeneidade dos sujeitos de direito internacional, a partir da segunda metade do século XX, modificaram a forma como esse saber é produzido.

O direito internacional foi construído desde o século XVII por poucos Estados e muito similares, o que facilitava que o mesmo fosse moldado pelo consenso dos tratados, por práticas uniformes ou por princípios compartilhados. No século XXI, porém, está definitivamente afetado por um multivariado conjunto de Estados, por Estados extremamente heterogê-

neos², e por um conjunto significativo de outros sujeitos de direito que despertam outras dinâmicas.

O direito internacional foi inicialmente formado apoiando-se especialmente no consenso, na negociação de entidades soberanas estatais. A presença do multiculturalismo (à semelhança do que ocorreu com o "terceiro estado" de Sieyès) modificou inexoravelmente a dinâmica internacional. Nesse novo contexto, é natural que o consenso seja mais lento, seja gradativo e que se busquem alternativas para consolidar os passos alcançados. De outra forma, a impossibilidade de consensos absolutos (realidade esperada em ambientes heterogêneos)

² A Organização das Nações Unidas é um exemplo da alteração dessa realidade internacional: nascida em 1945 de um grupo de 51 Estados, atingiu, em 2011, 193 membros. Grande parte dos Estados que ingressaram na sociedade internacional ou mesmo nas Nações Unidas eram e continuam a ser muito diferente dos Estados que conformaram o direito internacional ou a ONU inicialmente. A multiplicidade de ideologias, sistemas políticos e econômicos estabeleceu-se.

fez nascer novas alternativas para a construção do direito internacional.

É notória e significativa a quantidade de Resoluções, Declarações e Recomendações que são produzidas pelas Conferências Interestatais ou pelos Organismos Intergovernamentais, especialmente no que diz respeito aos Direitos Humanos e aos Direitos Ambientais. E essa forma de consolidação de regras de conduta internacional sofre resistências consideráveis para ser considerada fonte formal e primária do direito internacional.

Não existe, *a priori*, obstáculos normativos ou teóricos que impeçam considerar as resoluções, declarações ou recomendações como fonte formal e primária do direito, existe sim um obstáculo cultural.

Nesse breve texto, apontamos considerações multivariadas que permitem repensar a teoria geral das fontes no direito internacional, pois temos para nós que chegou o momento das bases dessa teoria ser reformulada³.

³ Esse texto traduz logicamente nosso pensamento crítico sobre o

1 PARADIGMAS DA TEORIA DAS FONTES

"[...] as fontes do direito internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão-somente os meios de manifestação do direito internacional prevalecentes em determinado momento histórico." (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 25).

1.1 O eixo estruturante dos tratados

O direito internacional vivenciado pelas atuais gerações (um produto atrelado a um tempo, a uma cultura circunstancial) foi edificado segundo uma compreensão dominante:

tema. Mas é importante deixar registrado que as considerações aqui exaradas são fruto de pesquisa teórica e empírica desenvolvida pelo autor e discutida no seio do Grupo de Pesquisa CNPq "Regimes e Tutelas Constitucionais, Ambientais e Internacionais" que tem como uma de suas linhas de pesquisa justamente a discussão sobre a Formação do Direito.

advir da **aliança de vontades estatais soberanas**.

De fato, o direito internacional efetivamente desenvolveu-se a partir de 1648, desde a paz de Westfália, utilizando-se de uma gramática atrelada à noção de território (base espacial de assentamento do Estado) e à noção de domínio ou senhorio exclusivo e excludente do território, ou seja, à noção de soberania. Nesse contexto fortemente marcado pelas noções de absoluta não intervenção nos Estados e até mesmo de imunidade estatal a alguma jurisdição internacional, o tratado, ancorado na adesão voluntária, tornou-se o instrumento que compatibilizava a soberania intocável com a necessidade de se construir as relações internacionais insurgentes.

Em razão disso, o estudo das fontes do direito internacional sempre esteve atrelado marcadamente à análise dos tratados ou convenções internacionais (que apresentam comandos de conduta internacional expressa e **individualmente aceitas** pelos Estados).

O comando jurídico que deveria conformar cada contenda

internacional, nesse contexto, deveria advir desse instrumental. Em cada caso concreto, deveriam ser considerados preferencialmente os tratados que os Estados da causa tivessem assinado, ratificado ou aderido.

1.2 O costume internacional

Desde o início, no entanto, esse raciocínio não foi absoluto, pois sempre se admitiu que os costumes internacionais (que apresentam práticas aceitas como direito) eram fonte legítima do direito internacional.

Costumes são comportamentos reiterados ou atitudes repetidas que despertam nos demais – em função de um exercício conatural ao homem de prever a conduta dos demais e agir em consequência (algo que a teoria dos jogos desenvolveu com bastante profundidade) – mais do que uma intensa expectativa, uma convicção de que serão práticas necessariamente continuadas, especialmente quando a reiteração é acompanhada da percepção de que tal comportamento ou atitude é uma res-

posta ao que se enxerga como devido.

Em função dessas práticas com esses atributos incitarem aos demais a “agir em consequência”, é natural que se reconheça que produzem efeito jurídico, que são fonte do direito, pois legitimam juridicamente também os comportamentos consequentes.

Uma prática uniforme, repetida, frequente, duradoura e alastrada (característica essencial para o costume tornar-se internacional), acompanhada da percepção de sua licitude, torna-se uma convicção jurídica e adquire a consequente imperatividade.

Há, no entanto, uma particularidade. Enquanto um comando jurídico aprovado em um tratado torna-se, de forma absoluta, obrigatório para todos os que se submeterem ao mesmo⁴ e muito limitadamente podem atingir a terceiros (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); um costume adotado

⁴ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, nesse ponto, é hialina ao apresentar com bastante rigor às exceções admissíveis ao *pacta sunt servanda*.

pela maioria torna-se presumidamente obrigatório para todos, mesmo para os que não participaram de sua formação. Somente o sujeito internacional que adotar, desde o início, uma *objeção tenaz* (inequívoca, persistente, continuada), furtar-se-á a força expansiva do costume.

A *objeção tenaz* pode ser demonstrada por protestos oficiais contra o comportamento dos outros Estados, por afirmações públicas reiteradas de autoridades, pelas correspondências diplomáticas, etc. Do ponto de vista lógico, esta possibilidade nos parece adequada se lembramos do fundamento apontado para o costume tornar-se fonte de direito: não se pode afirmar que um sujeito que desde o princípio opõe-se de maneira inequívoca a determinada prática tenha contribuído para a criação de expectativas que o vinculassem.

Não tem lógica, dessa forma, admitir-se a objeção posterior. Se um sujeito não se opôs à formação do costume, os demais sujeitos tem sim expectativas que o vinculam. Existente essa expectativa, não pode o

sujeito furtar-se de suas obrigações adotando uma nova postura.

Apesar dessa consideração, um conjunto significativo de novos opositores pode, apesar da ilicitude técnica e imediata de suas condutas, dar ensejo a derrogação de um costume ou mesmo ao nascimento de um novo.

Há limites materiais para essas objeções: as relativas ao eixo estruturante do direito internacional e as relativas ao que já se reconhece como *ius cogens*. Moncada, nesse sentido, cita os seguintes exemplos: renúncia à força como método de solução das questões entre os Estados e a consequente adoção de métodos diplomáticos, políticos e jurídicos; independência e igualdade soberana; vedação da escravatura, do racismo e do genocídio (MONCADA, 1998, p. 283-284).

De qualquer forma, a constatação de estarmos diante de um costume jurídico e não de uma prática difusa ainda incipiente e desprovida da aludida imperatividade, passa pela demonstração de seus dois elementos estruturantes: o

elemento externo da prática generalizada e o elemento interno da convicção racional de ser tal prática algo pertencente ao direito, algo mais do que esperado, mas juridicamente necessário (na expressão latina: *opinio iuris sive necessitatis*).

1.2.1 Elemento fenomênico ou externo do costume

A prática é um elemento fenomênico verificável por ocasião apenas das situações materiais concretas (mesmo que a prática não seja de ação, mas de abstenção), importa é o que se faz ou se deixa de fazer no mundo dos fatos.

Não se pode confundir a prática com outras manifestações não-fenomênicas (no sentido que apontamos), como são as posições abstratas, as atuações verbais dos sujeitos internacionais manifestadas em congraçamentos ou em organizações internacionais. Esses posicionamentos ou pronunciamentos concorrem para a formação ou para a consolidação de práticas, ou até mesmo podem ser invocados como provas de práticas seguidas

pelos sujeitos que os emitem, mas não são práticas. Como provas, concorrem diretamente para a demonstração do elemento interno e podem concorrer indiretamente para a demonstração do elemento externo.

Há documentos, no entanto, que podem sim constituir prova direta de práticas. Assim são os relatórios governamentais que rotineiramente se apresentam aos organismos internacionais sobre determinados temas. Esses relatórios são prova cabal de fatos, de comportamentos. São, portanto, mecanismo relevante de prova da prática. Da mesma forma, documentos públicos internos que instruem o fazer são convincentes provas de práticas, tais como os manuais militares, os regimentos de procedimentos administrativos, as jurisprudências nacionais que avaliem práticas governamentais, etc.

As práticas a que nos referimos são comportamentos ou atitudes oficiais e públicas de sujeitos internacionais. Comportamentos ou atitudes secretas ou não admitidas ou de grupos que não são reconhe-

cidos como sujeitos de direito internacional não são as práticas a que nos referimos.

Por outro lado, para tornar-se costume, as práticas tem de ser suficientemente densas, ou seja, de alguma forma uniformes, extensas ou representativas, que se repetem em certo lapso temporal.

Uniforme é um comportamento ou uma atitude que se vê bastante similar, não precisa haver uma identidade absoluta. Por sinal, a existência de uma prática diversificada e até mesmo contraditória além de não impedir a formação de uma prática internacional pode até mesmo reforçar a sua existência, especialmente se os demais sujeitos internacionais condenam quem adota a prática diversificada ou contraditória ou se o sujeito recalcitrante se justifica ou se desculpa de tal comportamento, ou o adota de maneira não-oficial justamente para evitar reprimendas. Embate para a prática internacional é apenas a prática absolutamente contraditória assumida oficialmente por mais de um sujeito internacional agregada à alegação de que

se está agindo conforme o direito.

A demonstração do qualificativo *geral* da prática, cinge-se à verificação de se o conjunto de sujeitos internacionais que adotam a prática torna-a *extensa* ou *representativa*. A *extensividade* pode ser verificada pela ideia da maioria, de um percentual preponderante de sujeitos que vivam tal prática. A *representatividade*, por outro lado, é um critério qualitativo e quantitativo especial. Sob o ângulo da representatividade, deixa de ser relevante apenas quantos sujeitos internacionais vivenciem tal prática, mas quais sujeitos a vivenciem, em determinado contexto. Interessa constatar a extensividade em um contexto singular. Ou seja, no conjunto dos sujeitos internacionais *especialmente afetados* por determinada questão, qual é a prática vivenciada pela maioria do subconjunto.

A *referência temporal* não pode ser compreendida efetivamente como uma questão meramente temporal. O que se espera da prática, para que a enquadremos como uma prática internacional é que ela efetivamente esteja madura. O

tempo é naturalmente o catalizador do amadurecimento. Ocorre, no entanto, que o ser humano também amadurece por outras vias, especialmente pelas crises. De qualquer forma, como o direito precisa das provas da uniformidade, da extensividade ou da representatividade, algum lapso temporal provavelmente será necessário não só para que as práticas se operem, mas até mesmo para que se possa colher as provas de sua existência.

1.2.2 Elemento racional ou interno do costume

Embora o Estatuto da corte, ao falar do costume internacional (art. 38, 1, b), utilize-se da expressão “**aceita como direito**”. O elemento interno não pode ser confundido com a voluntariedade. Não se trata de uma ato volitivo, mas de um ato cognoscitivo, de racionalidade; por isso fala-se de uma forma generalizada entre os doutrinadores em *opinião*. A expressão *aceita* tem de ser interpretada como *aceitabilidade racional*. Observe-se que não se fala em *aceita como obrigatória*, expressão que seria muito

mais próxima de uma concepção volitiva. Fala-se em *aceita como direito*, o que pode muito bem ser interpretado como *reconhecida racionalmente como pertencente ao direito*.

A convicção racional de uma prática ser parte do direito pode ser demonstrada por diversos variantes, pois podemos colecionar reconhecimentos expressos (declarações oficiais, correspondências diplomáticas, estudos e documentos elaborados por comissões de juristas, votações de documentos internacionais...) ou simples aceitações tácitas ininterruptas.

Nesse ultimo ponto, a demonstração da prática e da convicção confundem-se, pois é razoável que se presuma que um sujeito internacional que age de maneira continuada de determinado modo, possui a implícita convicção jurídica que o faz agir tão uniformemente.

Uma prática densa dificilmente não estará acompanhada de uma arraigada convicção jurídica. O que torna razoável admitirmos que a prova da prática é suficiente. Assim sendo, a prova da *opinio iuris*

torna-se importante somente quando a prática é ambígua. Por outro lado, os documentos internacionais que compendiam críticas a determinados agentes que agem em desconformidade com determinada prática (seja ela de proibição, de obrigação ou de permissão), ou que compendiam explicações pelo descumprimentos, podem ser instrumentais excelentes para se demonstrar também as convicções.

1.3 Os princípios gerais de direito

Desde 1920, no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, consolidou-se importante embate para o molde cultural estritamente voluntarista, pois elencou-se aos princípios gerais de direito como fonte formal do direito internacional⁵.

⁵ O Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional não foi o primeiro ato convencional que admitiu essa nova fonte. A Convenção I de Haia para a solução pacífica dos conflitos internacionais de 18/10/1907 reconhecia que o Tribunal Arbitral podia utilizar-se

Enquanto as convenções são validadas e adquirem vigência por atos de vontade e os costumes por uma constatação fenomênica aliada de explicações racionais de reconhecimento, o princípios gerais de direito decorrem de maneira especial de sua *institucionalização* no foro interno de uma *conjunto significativo* de sujeitos internacionais.

A *institucionalização* dá-se por diversas trilhas, seja pela via dos preceitos normativos nacionais, seja pela jurisprudên-

dos princípios de direito para interpretar os compromissos arbitrais, os atos e documentos invocados no caso (Art. 73). A Convenção XII de Haia, de 18/10/1907, que criava a Tribunal Internacional de Presas, embora não tenha entrado em vigor, estabelecia a utilização dos “princípios gerais de justiça”, mas apenas para suprir as lacunas (art. 7º). O Estatuto da Corte, no entanto, pela amplitude de sua competência foi realmente muito mais impactante. Posteriormente, o Tratado de Roma de 1957 (que instituiu a Comunidade Econômica Europeia), no que diz respeito à responsabilidade extracontratual da Comunidade, reconheceu também que o ressarcimento deve ser guiado pelos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros (art. 215).

cia dos tribunais nacionais, seja pelo comportamento social das comunidades nacionais.

A verificação do *conjunto significativo*, por sua vez, costuma ser conduzida não pela lógica da maioria ou da maioria dos afetados (como no costume), mas apenas por outra lógica de representatividade. Tem prevalecido a orientação prática de verificar a institucionalização em *países representativos dos principais sistemas jurídicos*: latino, germânico, anglo-saxônico, eslavo, chinês, indiano e islâmico.

Por outro lado, há que se apontar que o direito não deixa de ser um conjunto de juízos sobre determinados comportamentos cuja convicção de obrigatoriedade advém da valoração ética e social que se lhes dá. Os princípios gerais de direito, até mesmo por sua costumeira formulação em máximas, é a fonte mais próxima dessa pesagem valorativa. Em razão disso, é natural que essa fonte do direito cumpra a função interpretativa ou integradora das fontes anteriores (convenções e costumes).

1.4 As normas imperativas de direito internacional

Em 1969, outra renovação se estabeleceu para o tema das fontes. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados apresentou o *ius cogens*:

Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*ius cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64 - Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*ius cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral,

qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

A aceitação e o reconhecimento de normas imperativas também escapam da lógica tradicional de formação do direito internacional, a lógica do *ius dispositivum*. Sobrepõe-se, inclusive, à essa lógica, pois impede que o consenso adquira validade (art. 53) ou mesmo o derroga (art. 64).

2 ALGUMAS REVISÕES CONCEITUAIS NECESÁRIAS

2.1 Pluralidade?

O direito internacional sempre contou com uma natureza peculiar. Enquanto o direito nacional é moldado por um complexo sistema que visa a estaticidade, mesmo que provisória (quando surge um novo comando deôntico, o anterior é retirado), e a unidade (há apenas um comando vigente, igual para todos); o direito internacional sempre conviveu com a dinâmica conjugação de comandos desi-

guais, impondo-se a regionalidade ou mesmo uma natural diversidade.

No âmbito internacional atual, no entanto, há vários temas sob os quais a sociedade internacional almeja uma regulamentação universal. Esse novo conjunto de temas apresenta-se nas atuais resoluções, declarações e recomendações. E esses instrumentais, trabalham vetorialmente em direção da unidade. Por isso têm uma dinâmica diversa dos instrumentais anteriores.

2.2 Primariedade?

Enquanto o direito nacional é composto por um conjunto expressivo de comandos conformados com a estrutura normativa clássica da hipótese e consequência; o direito internacional é naturalmente composto por um conjunto expressivo de comandos desprovidos da consequência jurídica negativa tradicional.

A sanção negativa tradicional não é elemento essencial da norma internacional. Grande parte das normas internacionais apresenta a conduta devida (norma primária), não posi-

tivando uma consequência tradicional e negativa pelo descumprimento (norma secundária).

A desconstrução desse modelo unidimensional do que é o direito efetivou-se na teoria do direito constitucional com a admissão da normatividade aos comandos hoje reconhecidos como *normas-princípio*.

A libertação cultural dessa visão (BOBBIO, 2007, p. 1-21), não se operou, no entanto, nas esferas teóricas internacionais. Há um conjunto de comandos que fixam condutas internacionais devidas que não apresentam uma sanção tradicional pelo descumprimento, mas que apresentam mecanismos de coação indireta, de encorajamento ou desencorajamento tanto eficazes quanto as sanções tradicionais. Esses mecanismos (tais como o que fixa a obrigação estatal de periodicamente relatar seus esforços para deixarem de descumprir um comando internacional de conduta), não são meramente políticos.

A ausência da sanção tradicional, diante da presença de novos mecanismos de constrangimento ou mesmo de

mecanismos promocionais, permite-nos dizer que o direito internacional não está mais marcado pela primariedade. O direito internacional desenvolveu novos tipos, novas espécies de normas secundárias.

2.3 Novas Centralidades

O direito internacional, no final do século XX, sofreu sensível mudança de direção ao concentrar-se em temas globais, que afetam a humanidade como um todo. Os interesses meramente estatais perderam a centralidade. As conferências mundiais que pautaram o fim do século XX são exemplo dessa nova centralidade: Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), Direitos Humanos (Viena, 1993), População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995), Mulher (Pequim, 1995), Assentamentos Humanos – Habitat II (Istambul, 1996), Jurisdição Penal Internacional Permanente (Roma, 1998). A prioridade da razão humanitária (o *ethos* desse novo tempo) sobre o prisma estado-cêntrico deve

conduzir nossos olhares para esse novo direito internacional em construção.

2.4 Competência Normativa das OIG's

“[...] a regra costumeira de identificação das fontes já conteve legislação internacional [...] enquanto a ordem internacional era servida por um sistema de hierarquia, como na Europa ocidental durante a Idade Média, os concílios ecumênicos eram uma fonte legislativa internacional, como por exemplo o Concílio de Clermont Ferrand que generalizou a todos os reinos cristãos algumas limitações impostas ao direito de guerra, como a Trégua de Deus e a Paz de Deus, sob o pontificado de Urbano II no século XII.

A mutação da ordem internacional acentuada pelas guerras da Reforma, e o sistema de paridade ou igualdade soberana que lhe veio corresponder é que sacrificaram a legislação internacional aos tratados. Mas actualmente o

desenvolvimento da cooperação organica impele de novo a sociedade internacional para uma ordem servida por um sistema de relativa hierarquia centrado pelo menos aparentemente, em OIG.” (MONCADA, 1998, p. 351)

As organizações intergovernamentais (OIG's) nasceram da união até mesmo administrativa dos Estados para gerirem assuntos de interesse comum (livre circulação e comércio em rios internacionais, comunicação internacional etc.) e, por essa origem, estiveram naturalmente atreladas a um determinismo estatal.

A evolução das organizações internacionais modificou, no entanto, essa realidade. As organizações interestatais não padecem mais do absoluto determinismo estatal, não ficam mais subordinadas completamente à soberania dos seus membros, do grupo que a compõe. Uma vez nascidas, ganham vida e vontade próprias, adquirem certa autonomia de seus fundadores.

Libertas e reconhecidas como sujeitos autônomos de direito

internacional, as organizações internacionais alcançaram um protagonismo diante do direito internacional. É no seio de expressivas organizações internacionais (ONU, OIT, UNESCO, OMS, OEA etc.) que vemos o direito internacional ser desenvolvido.

As OIG's, de acordo com os seus tratados constitutivos, soem ter competência normativa convencional e contratual, pois podem celebrar tratados com Estados ou outras OIG's (o que fora reconhecido pela Convenção de Viena de 1986), assim como podem celebrar contratos com agentes nacionais e internacionais que lhes prestem serviços. Mas essa questão não afeta a teoria das fontes.

A questão que nos preocupa é a de saber se as OIG's tem competência normativa que possa ser exercida fora dos paradigmas tradicionais, através de atos unilaterais (embora de origem coletiva).

Os atos normativos unilaterais das OIG's costumam ser classificados em duas espécies: com projeção interna (para a própria organização e para os

seus membros) e com projeção externa.

2.4.1 Competências Normativas de Projeção Interna

A autoridade da competência normativa de projeção interna advém, em princípio, do tratado instituinte da própria organização. Dizemos *em princípio*, porque já se reconhece que as organizações internacionais têm uma vida dinâmica, e que muitas das funções atuais de diversas organizações advém dessa vida e não propriamente do tratado instituinte. Mesmo para os juristas atrelados à visão positivista extremada, há diversas competências atuais que advém da interpretação amplificada do tratado instituinte. De maneira explícita ou implícita, portanto, toda OIG recebe os poderes necessários para atingir os objetivos que justificaram sua criação, para garantir a continuidade do seu funcionamento, adaptando-se às mutáveis circunstâncias e situações internacionais.

No seu funcionamento, é natural que a OIG tome decisões normativas de caráter administrativo-constitutivo (nomea-

ções, criação de órgãos) e de caráter administrativo-funcional (regulamentos dos seus órgãos, estatutos de seus funcionários), ambas vinculantes e ambas rotineiramente veiculadas por resoluções.

Há que se diferenciar, no entanto, os atos de caráter normativo interno de efeito quase-legislativo e dos atos de caráter normativo interno de efeito propriamente legislativo. Queremos nos referir, ao utilizarmos a expressão efeito legislativo, ao fato de que alguns comandos de conduta são obrigatórios para todos, mesmo que construídos por apenas alguns, mesmo que rejeitados expressamente por alguns. Ao seu lado, por efeito quase-legislativo, queremos nos referir a situação daqueles comandos construídos pela maioria, vinculantes para todos, exceto para aqueles que se utilizaram de algum procedimento permitido de recusa⁶.

⁶ Segundo o estatuto da **Organização Internacional da Aviação Civil**, o Conselho pode definir, pelo quórum de 2/3, diretivas a bem da segurança nos voos (art. 54). Essas diretivas, desde que não contestadas pela maioria em 3 meses (art. 90),

Os atos unilaterais normativos quase-legislativos projetam efeitos condicionados à consensualidade. Razão pela qual não parecem contradizer a teoria clássica das fontes. Diversa é a realidade dos atos unilaterais normativos legislativos, pois ultrapassam a lógica do consenso, embora seja possível, pela via indireta, dizer que dependem do consenso instituinte.

tornam-se vinculantes para todos. Mas, qualquer Estado pode deixar consignado que não aceita a diretiva e dela se furtar licitamente (art. 38). O estatuto da **Organização Mundial da Saúde** permite também regulações, aprovadas pela maioria simples, na assembleia geral, para o combate de doenças (art. 60). Tornam-se essas regulações vinculantes para todos, após período fixado no momento de sua aprovação (art. 22). Ilesos à regulação, podem ficar os Estados que comunicarem oficialmente à OMS suas discordâncias e reservas, no mesmo prazo. O estatuto da **Organização Mundial da Meteorologia**, da mesma forma. O congresso pode tomar decisões acerca do método de previsão de tempo vinculantes para todos os membros (art. 9), mas os Estados podem furtar-se da imperatividade se prevenirem a OIG que não possuem as condições necessárias para seguir ao método.

Nessa seara legislativa autorizada pelo documento instituinte encontramos alguns exemplos: as decisões do Conselho de Segurança da ONU (art. 25 da Carta das Nações Unidas de 1945); as decisões unânimes do Conselho da Liga dos Estados Árabes (art. 7º da Carta da Liga Árabe de 1945); algumas das decisões tomadas pelo Órgão de Consulta do Sistema Interamericano de Paz da Organização dos Estados Americanos (arts. 8º e 20 do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca de 1947); algumas decisões do Comitê de Ministros do Benelux (art. 19, alínea “a” do Tratado constitutivo da União Econômica Benelux de 1976); as decisões do Conselho Internacional da Organização Internacional do Café (art. 14, 3 do Acordo Internacional do Café de 2007).

2.4.1 Competências Normativas de Projeção Externa

Nas suas relações externas, com outras organizações ou Estados não-membros ou mesmo com toda a sociedade internacional, algumas OIG's

costumam, por atos unilaterais, estabelecer amplos comandos de conduta. São esses atos unilaterais que interessam mais ao presente texto.

As organizações internacionais assumiram hodiernamente propósito semelhante ao das conferências interestatais surgidas no século XIX em terras europeias (Congresso de Viena de 1815) e americanas (Conferência do Panamá de 1826). As conferências interestatais tornaram-se o foro para a fixação de comandos normativos em temas de interesse comum de diversos Estados; as organizações internacionais, pelos seus órgãos internos ou pelas conferências internacionais que patrocinam, tornaram-se o foro para a fixação de comandos normativos em temas de interesse estatais, globais e humanitários.

Há certo reconhecimento compartilhado de maneira quase universal entre os internacionalistas sobre o impacto que as organizações internacionais produzem na dinâmica das relações internacionais e, conseqüentemente, na ordenação jurídica dessas relações. Esse reconhecimento cede, no

entanto, a um conjunto variado de opiniões quando ingressamos na análise mais profunda do valor jurídico de suas produções normativas: resoluções, declarações e recomendações.

Em 1974, a Assembleia Geral da ONU reconheceu que o desenvolvimento do direito internacional pode refletir-se, entre outros meios, pelas declarações e resoluções da mesma e que, em consequência, a Corte Internacional de Justiça assim deveria levar em conta essas manifestações⁷. Nesse trabalho, analisaremos o desenvolvimento dessa percepção.

3 EFEITOS DAS RESOLUÇÕES, DECLARAÇÕES E RECOMENDAÇÕES

3.1 Relação das Resoluções, Declarações e Recomendações com as fontes tradicionais

As resoluções, declarações e recomendações possuem uma virtualidade nomogenética, tem a capacidade de intervir

no processo de formação das fontes tradicionais do direito internacional.

3.1.1 Relação com os Tratados

É certo que há resoluções que apenas reforçaram politicamente a elaboração de tratados, servindo de estímulo prévio externo⁸ ou que reforçam a legitimidade de tratados constituídos⁹.

Mas há Resoluções, Declarações e Recomendações estritamente ligadas à formação de acordos internacionais.

Diversas OIG's tem essa missão institucional. A Assembleia Geral da ONU, por exemplo, tem como missão incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação (art. 13, 1, a). O Conselho Econô-

⁸ Cf. Res. AG 1911(XVIII) de 27/11/1963 felicitando a iniciativa do Tratado de Proscrição de armas nucleares na América Latina e o Caribe (Tratado de Tlatelolco) que veio a se concretizar em 14/02/1967.

⁹ Cf. Res. AG 2286(XXII) de 5/12/1967 acolhendo o Tratado de Tlatelolco com satisfação.

⁷ Cf. Res. AG 3232 (XXIX) de 12/11/1974.

mico e Social da ONU pode formular, em assuntos de sua competência, projetos de convenção (art. 62, 3). A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Internacional no Trabalho (OIT) têm competência para adotar convenções internacionais dentro de sua competência (art. 19 do Estatuto fundacional de ambas).

No âmbito da ONU, é significativa a atuação da Comissão de Direito Internacional¹⁰, que tendo seu trabalho aprovado em resoluções da Assembleia Geral, interveio em diversas ocasiões na preparação de tratados internacionais, elaborando o **texto base (draft) de tratados** que vieram a ser aprovados em conferências diplomáticas¹¹.

¹⁰ A Comissão de Direito Internacional da ONU é formada de publicistas altamente qualificados (o que traz indiretamente a doutrina para o seu trabalho) e, ao mesmo tempo, representam um corpo quase-diplomático (o que traz indiretamente a opinião e o consentimento estatal para o seu trabalho).

¹¹ A lista dessa atuação é bastante significativa: 1) Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua de 1958; 2) Convenção sobre o Alto

De outro lado, há diversos **tratados internacionais** que foram elaborados no seio dos órgãos da ONU e, por meio de resoluções, **adotados dire-**

Mar de 1958; 3) Convenção sobre a Pesca e Conservação dos Recursos Vivos no Alto Mar de 1958; 4) Convenção sobre a Plataforma Continental de 1958; 5) Convenção para reduzir os casos de apatridia de 1961 (projeto da Comissão de Direito Internacional); 6) Convenção sobre as Relações Diplomáticas de 1961; 7) Convenção sobre as Relações Consulares de 1963; 8) Convenção sobre o Direito dos Tratados de 1969; 9) Convenção de Viena sobre a representação dos Estados em suas relações com as Organizações Internacionais de caráter universal de 1975; 10) Convenção de Viena sobre a sucessão dos Estados em relação aos tratados, de 1978; 11) Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em matéria de bens, arquivos e dívidas de Estado, de 1983; 12) Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986. (É possível consultar o material preparatório de algumas dessas convenções nos links:

<http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/index.html> e <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>).

tamente pela organização em Assembleia Geral¹².

Por fim, há resoluções, declarações ou recomendações que interpretam ou desenvolvem os tratados, como fez a Res. AG/ONU 1514 (XV) de 14/12/1970 ao afirmar que a sujeição dos povos contraria os termos da Carta das Nações Unidas. Certas resoluções podem inclusive ser consideradas interpretações autênticas de tratados instituintes (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 122).

3.1.2 Relação com os Costumes

É natural que os costumes internacionais **previamente consolidados** sejam reduzidos a escrito em normativas internacionais, sejam elas resoluções, declarações, recomen-

dações ou mesmo tratados internacionais. Essa ocorrência não altera ao próprio costume, embora tenha a vantagem de **provar sua existência**, de os **oficializar**, de os proteger contra eventual erosão derivada da natural mutação da realidade internacional. Não há de se confundir, no entanto, o comando estabelecido em eventual tratado decorrente de um costume com o próprio comando costumeiro, pois permanecem, apesar de coligados, independentes. Mesmo que o comando convencional venha a perder a validade ou a vigência, o comando costumeiro pode permanecer inalterado, como bem estabeleceu o artigo 43 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Embora o costume, definido pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça como "uma prática geral aceita como sendo o direito", seja rotineiramente identificado pelos doutrinadores por dois elementos: um objetivo (prática internacional) e outro subjetivo (*opinio iuris sive necessitatis*: convicção de que tal prática é necessária); o caminho da veri-

¹² Em nossa pesquisa, pudemos identificar 59 convenções internacionais – no período 1945\2013 – que foram diretamente adotadas pela Assembleia Geral da ONU, sendo que a maioria das resoluções que formalizaram a adoção dispensaram a assinatura e colocaram diretamente aos Estados a possibilidade de ratificação.

ficação ou da comprovação de sua existência concreta sempre foi variado. Para alguns, basta demonstrar o elemento objetivo (posicionamento de Kelsen e Guggenheim, especialmente necessário para se desvincular o costume das fontes convencionais e do estrito consensualismo); para outros, a demonstração da convicção dispensa a prova da existência da prática (posicionamento de Bin Cheng, especialmente necessário para se admitir o nascimento de costumes imediatos – como se deu com as resoluções da AG da ONU 1721(XVI) de 20/12/1961 e 1962 (XVIII) de 13/12/1963). Ou seja, em termos pragmáticos, a prática demonstrada pode vir acompanhada da presunção da convicção, ou a convicção demonstrada pode vir acompanhada da presunção da prática consolidada (no tempo ou imediatamente). A redução por escrito de costumes internacionais **em formação**, no entanto, possui outras virtualidades. Diante de um costume em formação que possua uma **prática anterior consistente, mas uma convicção ainda insegura**, a

redução a escrito do mesmo pode significar o **último passo para a consolidação, para a cristalização do costume**, sobretudo se a redução por escrito se der em documentos normativos (vinculantes ou não) com ampla participação de sujeitos internacionais. O documento normativo, tal como um catalisador de uma reação química, faz com que o costume venha a lume. Diante de um costume em formação que possua uma **prática anterior ainda incipiente**, o documento normativo, consolidando a convicção, tem apenas uma **ação aceleradora**. A manifestação escrita sobre a prática não consolida o costume, mas certamente provoca a que ele venha se estabelecer mais brevemente.

Realidade diversa é a de um **comando de conduta convencional venha a se tornar um novo costume**. Os comandos convencionais estabelecem práticas obrigatórias para os sujeitos que integram à convenção. Ocorre que a prática desses sujeitos pode ser seguida também pelos sujeitos não integrantes da convenção. Ou seja, a convenção pode

exercer uma **ação propulsora, inspiradora de um novo costume**. O alastramento da prática em outros sujeitos, acompanhada da prévia convicção, pode fazer nascer um novo costume, estendendo, na prática o âmbito particular da convenção. É o que efetivamente reconhece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: uma norma enunciada em um tratado pode se tornar **obrigatória para Estados não integrantes** do mesmo se reconhecida como norma consuetudinária (art. 38).

Nesse sentido, CANÇADO TRINDADE aponta raciocínio interessante: uma convenção internacional assinada, mas que não tenha entrado em vigor pela insuficiência de ratificações, pode contribuir para a formação de um costume (2002, p. 46-47). Ampliamos: pode contribuir também para a demonstração da convicção, pois até que se demonstre em contrário, pela assinatura manifestou-se a convicção, a falta de ratificação (sem nada que se prove o contrário) pode decorrer de

dificuldades técnicas e não da mudança da convicção.

Se um tratado não vigente (não obrigatório), ratificado ou não, pode ser mecanismo de formação ou mecanismo de prova do costume; por que uma resolução, declaração ou recomendação de uma conferência governamental ou de uma organização internacional não poderia?

CANÇADO TRINDADE, colocando em suas palavras a pertinente advertência exarada em 1937 por Kopelmanas, indica:

"embora no passado se acreditasse que tão-somente os órgãos estatais contribuíam para a formação do costume por sua prática internacional, chegaria a época em que a atuação de órgãos internacionais (e. g., de organizações internacionais) também devesse ser levada em conta" (2002, p. 64-65).

Mais adiante, CANÇADO TRINDADE indica com precisão:

"Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes

de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como ocorreu nos últimos anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre recursos naturais." (2002, p. 66).

Enfim, há resoluções não obrigatórias (no sentido tradicional) enquanto resoluções, mas que por estarem intrinsecamente ligadas aos costumes internacionais, geralmente traduzindo a opinião generalizada (especialmente quando aprovadas por unanimidade ou sem oposição), são obrigatórias enquanto manifestação expressa de um costume, enquanto passo definitivo para o nascimento do mesmo.

De outro lado, há costumes que podem originalmente ser moldados em resoluções, declarações e recomendações. A ausência da *prática densa* seria suprida pela expressiva generalidade da opinião jurídica alinhada com a convicção de que determinada prática que

deve ser considerada necessária. Nesse sentido, é o pensamento de Alberto do Amaral Júnior (2013, p. 135):

"A nova vitalidade que o costume atualmente experimenta não atribui relevo idêntico aos elementos que o constituem. O direito internacional público assinala nas últimas décadas, desde a disputa que envolveu a delimitação da plataforma continental do mar do norte, a relevância da *opinio juris* em detrimento da prática generalizada dos Estados. Perdeu o antigo prestígio a exigência de que o costume só se formava após a passagem de longos períodos de tempo. [...] A doutrina tradicional sublinhou o papel conservador que o costume possuía, reflexo da estabilidade dos comportamentos que se repetiam de modo quase automático. A nova paisagem internacional viu nascer o costume associado à inovação e à mudança, que contesta os fundamentos da ordem estabelecida."

3.1.2 Relação com os Princípios Gerais do Direito

É comum que as convenções internacionais reduzam a escrito, incorporem em seu conteúdo as usuais formulações dos princípios gerais de direito (as máximas), embora em nada alterem suas virtualidades. É natural também que os princípios gerais de direito façam parte da argamassa que estrutura o edifício da convicção costumeira (uma prática geral ser direito). As virtualidades dessas três fontes, no entanto, são efetivamente independentes.

A codificação de princípios gerais de direito – seja em tratados, seja em resoluções, declarações ou recomendações –, à semelhança da codificação dos costumes consolidados, oficializa ou torna mais precisos aos mesmos, além de os preservar.

As resoluções AG 95 (I) de 11/12/1946, 177 (II) de 21/11/1947 e 260 (III) de 9/12/1948, por exemplo, **confirmaram** os princípios reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e pelas sentenças desse tribunal. A Declaração sobre os princípios referentes às relações de amizade e à cooperação entre os

Estados é um exemplo adequado de uma resolução que **precisa o conteúdo** anteriormente reconhecido. A resolução 2131 (XX) de 21/12/1965 sobre a inadmissibilidade da intervenção em assuntos internos dos Estados e proteção de sua independência e soberania, adota uma terminologia imperativa e de forma tão contundente que somente pode ser compreendida como **confirmatória** de obrigações internacionais vigentes *ex ante*.

Algumas resoluções da ONU, por seu conteúdo e circunstâncias de adoção, costumam ser tão continuamente citadas, que somente podem ser compreendidas como **evidências** ao menos de uma convicção arraigada dos Estados, senão de costumes ou de princípios. De qualquer forma, todas essas resoluções são um testemunho documental do direito internacional vigente, consuetudinário ou principiológico.

Há, de outro lado, exigências advindas não da experiência jurídica interna dos Estados, mas da convivência estritamente internacional que po-

dem se tornar, especialmente depois de codificados em normas internacionais (como princípios de direito internacional e não como princípios gerais de direito, pois somente esse último instituto é admitido uniformemente como fonte formal de direito internacional), fonte inspiradora de princípios gerais de direitos nacionais e, por isso, antecipação de futuros princípios gerais de direito.

Exemplos dessa última forma: Res. AG/ONU 1962 (XVIII) de 13/12/1963, enunciando os princípios que devem reger a exploração e utilização do espaço ultraterrestre; Res. AG/ONU 2749 (XXV) de 17/12/1970, enunciando os princípios que devem regular os fundos marinhos e oceânicos fora da jurisdição nacional.

3.1.2 Relação com o *Ius Cogens*

Os trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional para a Conferência Internacional de Viena sobre os Tratados de 1969 sugeriam que o *ius cogens* abrangesse o

uso ilícito da força, tráfico de escravos, pirataria e genocídio. A Corte Internacional, antes disso, em 1951, no caso *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, reconheceu que as normas contra o genocídio eram obrigatórias aos Estados mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional. Em 1970, no caso *Barcelona Traction*, reconheceu um conjunto de obrigações internacionais *erga omnes*: proibição de atos de agressão, de genocídio, de escravidão e de discriminação racial.

Para GÓMEZ ROBLEDO, no entanto, são em algumas resoluções especiais que podemos reconhecer o rol do *ius cogens* (2003, p. 161-163): Res. AG 1514 (XV) de 1960, que estabelece o direito de livre determinação, a autodeterminação dos povos; Res. AG 1803 (XVII) de 1962, que estabelece o direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais; Res. AG 2131 (XX) de 1965, que estabelece a inadmissibilidade da intervenção nos assuntos internos dos Estados, proteção de sua independência e sobe-

rania, ou a regra da "não intervenção no domínio reservado"; Res. AG 2625 (XXV) de 1970, que estabelece os sete princípios de direito internacional relativos às relações de amizade e à cooperação entre os Estados (proibição do uso da força, solução pacífica das controvérsias, domínio reservado, cooperação, igualdade de direitos e livre determinação dos povos, igualdade soberana dos Estados, boa fé); Res. AG 3314 (XXIX) de 1974, que estabelece a definição e a caracterização da agressão internacional; Res. AG 2749 (XXV) de 1970, que estabelece os princípios que devem regular os fundos marinhos e oceânicos, seu subsolo e recursos, fora dos limites da jurisdição nacional.

3.2 Feição Especial das Recomendações

O termo *recomendação* é utilizado geralmente para documentos normativos que apresentam um conteúdo sugestivo (convida a adotar um comportamento). Essa característica não pode, no entanto, fazer-nos pensar que são instrumen-

tos sem força jurídica. As recomendações apresentam **efeitos jurídicos imperativos indiretos** (se há compromisso de cooperação) ou **condicionados à aceitação**; além de que, de imediato, produzem o efeito jurídico de **tornar lícito o comportamento espontâneo** conforme a mesma.

Essa classificação abstrai da circunstância concreta de eventual aceitação estatal expressa de qualquer resolução, recomendação ou declaração, pois essa circunstância modifica os efeitos. O ato unilateral do Estado que se comprometa a respeitar prescrições de quaisquer desses instrumentos transformam os mesmos em vinculantes (DINH ET AL., 1999, p. 331-332 e 335-336).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) exige que cada membro preste contas anualmente das medidas que tenha tomado com relação às recomendações feitas pela organização (art. 62)¹³.

¹³ A OMS tem como papel central elaborar diretrizes, recomendações de forma que quase todos os seus documentos têm essa natureza. O uso formal do termo Recomendação em seus documentos vê-se, no en-

Na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), onde as recomendações podem ser elaboradas pela maioria (art. IV, B, 4), cada Estado tem de apresentar relatórios sobre a realidade nacional, que abrange desde a normativa interna, as atividades de caráter educacional, científico e cultural, até as ações que tenham sido empreendidas para cumprir as recomendações (art. VIII)¹⁴.

Nas Conferências da Organização Internacional do Trabalho (OIT) podem ser aprovadas recomendações por 2/3 dos presentes (art. 19, 1 e 2), em decorrência, todos os Estados da organização comprometem-se, no prazo máximo de 18 meses, a encaminhar aos órgãos internos competentes o instrumental necessário

tanto, muito comedido (é comum que seus documentos sejam intitulados Guias, Pautas, Critérios ou Diretrizes para...).

¹⁴ A UNESCO utiliza-se de fato desse instrumental das recomendações; pois, até 2013, já são 32 as Recomendações aprovadas pela organização. Fonte: <http://en.unesco.org/>

para tornar lei ou concretizar ações públicas relativas ao conteúdo das recomendações (art. 19, 6, b), bem como a prestar contas periódicas das mudanças ou resistências ocorridas (art. 19, 6, c e d). Ademais, qualquer membro que não cumpra as recomendações estará sujeito a julgamento de sua atitude pelo Conselho de Administração (art. 30)¹⁵.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ancorado no princípio da cooperação, exige que os Estados submetam relatórios sobre as medidas por eles adotados para tornar efetivos os direitos reconhecidos e sobre o progresso alcançado no gozo dos mesmos (art. 40, 1). Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais (art. 17).

Aos 193 Estados membros da ONU, a realidade não é diversa, pois no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e

¹⁵ A OIT utiliza-se de maneira impactante do instrumental das recomendações; pois, até 2013, já foram aprovadas 202 recomendações. Fonte: <http://www.ilo.org>

social, à educação e cultura, à saúde e aos direitos do homem, há o dever de cooperação (arts. 55 e 56).

Com todos esses exemplos, é fácil concluir que as recomendações tem força jurídica sobre os que estão sob o seu manto (por serem membros de quem as edita, no caso da OIG's; ou por serem parte do grupo que as produziu, no caso de conferências governamentais).

Há que se fazer, por fim, um alerta: o sistema de informes periódicos é um sistema realmente efetivo para induzir mudanças no comportamento dos Estados. Constitui um novo tipo de norma secundária compatível com a tônica apresentada por BOBBIO do encorajamento e desencorajamento (2007, p. 1-21).

3.3 Feição Especial das Declarações

A *declaração* é um instrumento solene que se utiliza em questões de grande e verdadeira importância sob as quais se espera obter o máximo de observância pelo maior número de Estado que seja possível.

Em 1962, foi solicitada à Secretaria pela Comissão de Direitos Humanos um esclarecimento sobre a diferença entre uma declaração e uma recomendação. Em resposta a esta solicitação, a Oficina de Assuntos Jurídicos da Secretaria Geral da ONU apresentou Memorando (E/CN.4/L.610, de 04/1962) que continha os seguintes esclarecimentos:

"3. Na prática das Nações Unidas, uma 'declaração' é um instrumento formal e solene, adequado para raras ocasiões em que **princípios de grande e duradoura importância** estão sendo enunciados, como no caso da Declaração sobre os Direitos Humanos. Uma recomendação é menos formal.

4. Além da distinção indicada, provavelmente não exista nenhuma diferença entre uma 'recomendação' e uma 'declaração' na prática das Nações Unidas, no que diz respeito ao estrito princípio jurídico em causa. A 'declaração' ou a 'recomendação' são adotadas por resoluções dos órgãos das Nações Unidas.

Como tal, não se pode obrigar aos Estados-Membros, no sentido que os tratados e convenções obrigam às partes, somente pelo uso do termo 'declaração' ou 'recomendação'. No entanto, **tendo em vista a maior solenidade e significação** de uma 'declaração', pode ser considerada **como transmissora**, por reivindicação do órgão que a adotou, **de uma forte expectativa de que os membros da comunidade internacional respeitem-na**. Consequentemente, na medida em que a expectativa é gradualmente justificada pela prática do Estado, uma declaração pode ser reconhecida como um costume que reconhece regras vinculantes para os Estados.

5. Em conclusão, pode-se dizer que, na prática das Nações Unidas, uma 'declaração' é um instrumento solene utilizado apenas em casos muito raros relacionados a **matérias de grande e duradoura importância sob os quais a máxima observância é espe-**

rada".^{16 17} (Tradução livre, sem negritos no original)

Se se tem em conta que o respeito a certos direitos reconhecidos em declarações interessam à comunidade internacional de maneira especial, não nos parece razoável sustentar que a violação a esses paradigmas, porque teoricamente “ainda não vinculantes”, não

¹⁶ Cf. Commission on Human Rights: Report to the Economic and Social Council on the eighteenth session of the Commission, held at United Nations Headquarters from 19 March to 14 April 1962. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N62/136/24/PDF/N6213624.pdf?OpenElement>. Acesso em 01/08/2013.

¹⁷ Uma ressalva ainda é necessária. Em 1962, momento em que esse memorando fora produzido, efetivamente era muito raro a ONU utilizar-se de declarações. Apenas 5 haviam sido produzidas. Em nosso levantamento, no entanto, levando em conta o período de 1945 à 2013, pudemos constatar que a Assembleia Geral da ONU aprovou 88 documentos intitulados como Declaração. Além disso, há 44 documentos normativos que não utilizam essa expressão, mas podem ser enquadradas nessa natureza pelo seu conteúdo.

signifique um quebrantamento do direito internacional.

As declarações são indiscutíveis pontos de referência do comportamento que se almeja como devido.

Veja-se, por exemplo, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 reconhece que "os Estados tem o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais" (parágrafo 5º do preâmbulo).

O recurso às declarações dá-se porque existe um consenso mínimo sobre uma questão jurídica. Os Estados recorrem a esse instrumental pois, por ele, dão a conhecer seus posicionamentos e estabelecem os parâmetros que orientarão o desenvolvimento futuro do tema. A esse contexto não se pode descartar efeitos jurídicos.

A Comissão de Direito Internacional debruça-se atualmente sobre os efeitos dos Atos Unilaterais dos Estados. Ao menos sob esse olhar, pode ser considerada a manifestação de cada Estado ao votar em

favor de um documento solene como uma declaração.

A Res. 1503 (XLVIII) de 1970 instituiu procedimento de tutela internacional dos direitos humanos diante de um conjunto de violações flagrantes e sistemáticas. Tímida foi e é a posição do Conselho de Direitos Humanos, age apenas diante de um conjunto de violações. Acha-se incapaz de agir diante de violações singulares, pois ainda não consegue sustentar a obrigatoriedade da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. A teoria das fontes ainda atrapalha esse passo tão necessário. Condutas isoladas, no que diz respeito aos direitos humanos, somente são protraídas se atingirem alguns direitos fundamentais já amparados pelo *ius cogens* (atentados à vida, a escravidão e a tortura). De qualquer forma (sempre há meio copo vazio e meio copo cheio), a obrigação de respeitar sistematicamente viu-se consolidada, integrada ao direito internacional atual.

CONCLUSÕES

A teoria das fontes do direito internacional sempre esteve muito atrelada aos paradigmas que foram moldados em um contexto que não está mais presente. Os sujeitos do direito internacional não são mais tão parecidos, os interesses em jogo não são mais exclusivamente estatais. A multiplicidade cultural foi estabelecida. Interesses globais e humanitários marcam sua presença.

Nessa nova realidade, o consensualismo dos tratados, a uniformidade de práticas dos costumes, o compartilhar de máximas dos princípios gerais do direito não podem ser as únicas fontes primárias do direito internacional. É preciso que a teoria das fontes ceda para a realidade que pudemos constatar dos efeitos jurídicos das resoluções, declarações e recomendações.

Se, de um lado, as resoluções, declarações e recomendações estabelecem uma nova dinâmica para os tratados (especialmente no seu processo de formação e desenvolvimento), para os costumes (reconhecendo-os, consolidando-os, ou

incitando a sua formação), para os princípios gerais do direito (oficializando-os ou incitando a sua formação) e para o *ius cogens* (permitindo sua identificação efetiva). De outro, esses instrumentais apresentam-se efetivamente, especialmente pela feição especial das recomendações e das declarações, como um novo tipo de fonte formal e primária do direito internacional.

A teoria das fontes – aberta à percepção de que o direito internacional em alguns temas caminha vetorialmente para a unidade, de que o direito internacional molda-se em um novo tipo de norma secundária (promocional) – tem de inserir formalmente, ao lado dos instrumentais primários clássicos (tratados, costumes, princípios gerais do direito e *ius cogens*), as resoluções, declarações e recomendações.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª ed. SP: Atlas, 2013.

- BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: LEX, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio. *Direito das Organizações Internacionais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio. La contribución de las organizaciones internacionales al desarrollo progresivo del derecho internacional. In: GALVIS, Ricardo Abello. *Derecho Internacional Contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos*. Liber amicorum en homenaje a Germán Cavalier. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2006. pp. 110-138. Disponível em: <http://www.anuariocdi.org/contemporaneo.php>
- CANÇADO TRINDADE, Antonio. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando & SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. SP: Saraiva, 2012.
- DAMIÁN COLMEGNA, Pablo. Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Año VI, Número 8, Invierno 2012. Pp. 27-47.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Derecho Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional*. Estudio histórico-crítico. México: UNAM, 2003. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1073>
- MAZUELOS BELLIDOS, Ángeles. Soft Law: ¿Mucho Ruido y Pocas Nueces? *Revista Eletrônica de Estudos Internacionais* (2004). Disponível em: www.reei.org
- MONCADA, António Cabral de. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1998.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Valor jurídico de las

resoluciones de las organizaciones internacionales. Derecho In: GALVIS, Ricardo Abello. *Derecho Internacional Contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos. Liber amicorum en homenaje a Germán Cavelier*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2006. pp. 139-159.

Disponível em:
<http://www.anuariocdi.org/contemporaneo.php>

NIKKEN, Pedro. La fuerza obligatoria de la declaración universal de derechos humanos. Disponível em:
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/75/rucv_1990_75_329-349.pdf

PECOURT GARCÍA, Enrique. *La Acción Normativa de las Organizaciones Internacionales*.

Disponível em:
http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19872/1/ADI_I_1974_07.pdf

VALLARTA MARRÓN, José Luis. La Argumentación Jurídica en torno al Ius Cogens Internacional. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp. 11-47.