

KANT NA HAIA: A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL PELA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (1945-1990)

*Otávio Cançado TRINDADE**

RESUMO

O artigo verifica como uma abordagem constitucional do direito internacional foi aplicada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) entre 1945 e 1990. Entende-se como tal abordagem o recurso a valores compartilhados por uma comunidade política que servem de critério para julgar a medida de liberdade dos Estados e por meio dos quais é possível condenar situações repressivas. O constitucionalismo no plano internacional é compreendido como um programa político e moral de inspiração kantiana. Exemplos da operação da abordagem constitucional pela CIJ são: o recurso a “considerações fundamentais de humanidade” como fundamento de obrigações, a possibilidade de “controle de legalidade” de reservas, a “proibição do retrocesso” em benefício de indivíduos e o recurso ao costume para a preservação da jurisdição em caso de uso da força.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional. Constitucionalização. Jurisprudência. Corte Internacional de Justiça.

1. Introdução

A doutrina internacionalista a partir do século XX tem-se ocupado da crescente “publicização” de um direito que tradicionalmente

* Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela UnB, mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco (Prêmio Hildebrando Accioly) e bacharel em Direito pela UnB. Diplomata.

operou dentro de uma lógica privatista. O tema decorre da crescente institucionalização da comunidade internacional e da humanização do direito internacional. Denominaremos essa nova visão de abordagem constitucional do direito internacional. Alguns autores identificam a constitucionalização do direito internacional com a total submissão das relações entre os Estados ao Direito¹. Tais relações estariam submetidas a um arcabouço jurídico formado por direitos e obrigações fundamentais que vinculariam todos os Estados, com ou sem o seu consentimento². Essas regras fundamentais, de interesse de toda a comunidade, deveriam ser acompanhadas de mecanismos institucionais que garantissem a sua implementação³. Exemplo de tal mecanismo seria permitir a adoção de contra-medidas por Estados não diretamente afetados por violações a regras fundamentais⁴.

Alguns entendem que a Carta das Nações Unidas exerce a função de constituição da comunidade internacional. Ela apresentaria características análogas às de uma constituição⁵, representaria um direito superior⁶ e seria o repositório de princípios jurídicos fundamentais da comunidade internacional e o instrumento de delimitação de competências⁷. Há autores que atribuem a característica

¹ MOSLER, Herman. The international society as a legal community. RCADI, tomo 140, 1974, IV.

² TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their Will. RCADI, tomo 241, 1993, IV.

³ SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international Law. RCADI, tomo 250, 1994, VI.

⁴ FROWEIN, Jochen. Reactions by not directly affected States to breaches of public international Law. RCADI, tomo 248, 1994, IV.

⁵ FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as a constitution of the international community. Columbia Journal of Transnational Law, nº 36, Nova York, p. 529-619, 1998.

⁶ McDONALD, Ronald. Fundamental norms in contemporary international Law. Annuaire canadien de droit international, vol 25, 1987, p. 115-149.

⁷ CONDORELLI, Luigi. La Charte, source des principes fondamentaux du droit international, In: CHEMAIN, Regis; PELLET, Alain (Ed.). *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* Editions Pedone, 2006, p. 162-172; DUPUY, Pierre-Marie. The constitutional dimension of the Charter of the United Nations Revisited. Max Plank Yearbook of United Nations Law. Volume 1, 1997, p. 1-33.

de “constitucional” ao direito internacional moderno em decorrência da internacionalização e cristalização dos direitos humanos⁸ e da existência de mecanismos para a aplicação desse sistema internacional de valores⁹.

No presente artigo, entenderemos por “constitucionalismo”, no plano internacional, não um projeto institucional determinado, mas um programa político e moral de inspiração kantiana para assegurar a liberdade¹⁰. O objetivo será verificar como uma abordagem constitucional do direito internacional, nos termos aqui expostos, foi aplicada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) entre 1945 e 1990. A abordagem constitucional permite o uso de um vocabulário constitucional – como autodeterminação, direitos fundamentais, divisão e responsabilidade dos poderes – por meio do qual se pode julgar a realidade internacional. Será analisada a jurisprudência da Corte até 1990, de modo a compreender o período histórico de 1945 até o fim da guerra fria. Tal análise será precedida de breve exposição da filosofia moral e da filosofia do direito de Kant.

2. A Filosofia moral de Kant

A breve exposição sobre a filosofia moral de Kant é necessária para demonstrar a centralidade da *liberdade* para o pensamento kantiano. Como se verá, a proteção da liberdade é a finalidade última do Direito, tanto nos planos nacional como internacional. A origem da moralidade, segundo Kant, é a autonomia da vontade. A resposta à pergunta “o que devo fazer?” é dada pela razão prática, que é a faculdade do querer. A vontade é a faculdade do ser humano de representar a si mesmo leis e agir segundo elas, e não segundo as leis da natureza previamente dadas. A vontade moralmente boa é aquela que é

⁸ SCHILLING, Theodor. On the constitutionalization of general international Law. Jean Monnet Working Paper. Nova York: NYU School of Law, 2005.

⁹ WET, Erika de. The international constitutional order. *International and comparative Law quarterly*. Vol. 55, part 1, jan. 2006, p. 51-76.

¹⁰ KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: reflections on kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*. Volume 8, nº 1, jan. 2007, p. 9-36.

“ilimitadamente boa”. O “bom” é objetiva e incondicionalmente bom. A objetividade requerida desse conceito de moralidade é alcançada por meio do imperativo categórico, critério supremo, objetivamente obrigatório e universal para o ajuizamento da moralidade¹¹.

Em sua forma fundamental, o imperativo categórico reza “não devo agir senão de modo que possa querer que minha máxima deva converter-se em lei universal”. As máximas são as proposições subjetivas do agir. Kant afirma, portanto, que é a legalidade universal das ações em geral que serve para equilibrar a razão vulgar dos homens em seu juízo prático. A lei que deve determinar a vontade de modo que seja ilimitadamente boa é a legalidade universal¹². A condição *a priori* para que um sujeito seja apto à moralidade, para determinar-se segundo princípios postos por si mesmo, é a autonomia da vontade. A autonomia possibilita cumprir as exigências do imperativo categórico. Segundo Otfried Höffe:

a moralidade tem sua origem na liberdade no sentido mais estrito, isto é, transcendental. O conceito de liberdade transcendental formado na primeira Crítica, a independência de toda a natureza, revela-se na Ética como a liberdade prática (moral), como a autodeterminação. A vontade livre de toda a causalidade e determinação estranha dá a si mesma sua lei. Por conseguinte, o princípio de todas as leis morais encontra-se na autonomia, na autolegislabilidade da vontade. Negativamente, a autonomia significa a independência de fundamentos determinantes materiais, positivamente a autodeterminação ou legislação própria (2005, p. 219).

Além de formular as três peças de sua filosofia moral – a idéia do ilimitadamente bom, o imperativo categórico e o princípio da autonomia – Kant busca provar a existência da moralidade por meio do *factum* da razão. O *factum* da razão é a consciência da lei moral, é o juízo interno que os homens proferem sobre a conformidade legal de suas ações. Ele não significa nenhum fato empírico, mas a auto-

¹¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 187-269.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Brasil Editora, 1967, p. 51.

experiência moral que se manifesta em juízos morais sobre ações, e não em ações empiricamente observáveis.

3. A finalidade do Direito

Para Kant, o fundamento de todas as leis, e não só do primeiro projeto de uma constituição política, é a constituição da máxima liberdade humana, segundo leis que façam com que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros. A liberdade ilimitada, no entender de Kant, é uma contradição numa perspectiva social, uma vez que anula a liberdade externa. Essa só é possível sem contradição se ela for compatível com a liberdade externa de todos os demais. O Direito é o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade. A legitimidade das leis é julgada pela garantia que oferecem à compatibilidade da liberdade de um com a dos outros. A garantia da liberdade é, para Kant, a finalidade do Direito. Toda intervenção do Estado na liberdade individual é juridicamente ilícita – a não ser que seja para impedir outra intervenção ilegítima.

Está claro que, para Kant, a liberdade – condição para o agir moral – só existe quando há Direito. A sujeição ao Estado de direito é, portanto, garantia da liberdade. Isso não vale somente para a constituição interna de um Estado, mas também para a relação entre Estados. Uma federação de Estados livres, constituída por meio de um tratado nos termos propostos por Kant, é uma exigência da razão para assegurar uma ordem jurídica internacional. Kant afirma que os povos – na condição de Estados – podem considerar-se como indivíduos em seu estado de natureza. Devem, portanto, exigir uns dos outros que entrem em uma constituição semelhante à constituição civil que garanta seus direitos. Isto seria uma federação de povos. O propósito desta federação não é retirar poder do Estado, mas garantir a liberdade de cada Estado federado¹³.

¹³ KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madri: Tecnos, 1994, p. 21-24.

Os conceitos utilizados por Kant relativos ao fundamento do Direito e à função do *rule of law*, ampliados ao plano internacional, podem justificar uma abordagem constitucional do direito internacional. A extrema desigualdade do plano internacional, que leva a situações de opressão entre Estados, podem não apenas ser constatadas, mas condenadas a partir de uma perspectiva constitucional. O vocabulário constitucional é utilizado para condenar situações que violam a autonomia de seres humanos. Situações repressivas violam não apenas suas vítimas diretas, mas tornam-se um mal objetivo, podendo ser coletivizadas. O objetivo do presente trabalho é analisar como a CIJ tem recorrido a uma abordagem constitucional para condenar situações que violam a autodeterminação.

4. Caso do Canal de Corfu (Reino Unido v. Albânia) – 1949

Em seu primeiro caso contencioso, a CIJ recorreu a uma perspectiva constitucional para condenar a Albânia por não ter levado ao conhecimento de navios ingleses a existências de minas marítimas no canal de Corfu. As minas provocaram a explosão de dois navios (*Saumerez e Volage*), que vitimaram quarenta e cinco tripulantes e feriram outros quarenta e dois. Apesar da ausência de provas da autoria da colocação das minas, a Corte concluiu que as autoridades albanesas tinham conhecimento da existência das minas. O país foi condenado a pagar £ 843.947 ao Reino Unido a título de compensação.

A Corte não pôde fundamentar a responsabilidade da Albânia pela conduta omissiva em nenhum tratado. Tampouco invocou explicitamente regras de direito consuetudinário. A obrigação da Albânia de notificar os navios, decorrente de seu conhecimento das minas, baseava-se em “considerações fundamentais de humanidade”. Assim justificou o fundamento jurídico da obrigação:

The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of

war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication ; and every States obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States (sentença de mérito, p. 22).

A abordagem constitucional utilizada pela Corte evidencia-se, em primeiro lugar, pela coletivização da situação. A obrigação da Albânia era devida não apenas em relação aos dois navios ingleses, mas “em benefício da navegação em geral”. A conduta albanesa caracterizou-se como um mal objetivo, tendo vitimado a comunidade internacional. Em segundo lugar, a abordagem constitucionalista manifesta-se pelo fundamento jurídico da obrigação de notificação. A despeito da ausência de uma obrigação convencional, isto não isentou o Estado de adotar determinada conduta. Trata-se de abordagem constitucional por considerar o direito internacional como uma ordem jurídica completa, sem lacunas. A CIJ poderia simplesmente declarar a ausência de uma obrigação internacional de notificação e, por conseqüência, não responsabilizar a Albânia pelo prejuízo causado pelas explosões.

Não está claro se a origem da obrigação de notificação é o costume ou princípios gerais do direito. Ao qualificar as “considerações fundamentais de humanidade” como princípios “gerais” e “amplamente reconhecidos”, a Corte pareceu querer atender aos dois requisitos do costume: prática geral e *opinio juris*, respectivamente. A Corte não demonstrou, contudo, o método utilizado para considerar tais princípios como amplamente reconhecidos. Não ilustrou tal reconhecimento com a prática dos Estados naquele momento. Tampouco esclareceu como a obrigação de notificação decorreria de “considerações de humanidade”. A Corte não desenvolveu raciocínio para justificar a centralidade da vida humana como justificativa para a existência do Estado e do Direito, e o dever estatal, também imposto pelo direito internacional, em protegê-la mediante ação ou omissão. Se a intenção da Corte foi aplicar as “considerações fundamentais de humanidade” como um “princípio geral do direito”, incumbia-lhe argumentar que

se tratava, efetivamente, de um princípio reconhecido pelos sistemas jurídicos nacionais.

Isso demonstra que, apesar de a abordagem constitucional fornecer o vocabulário necessário para condenar realidades contrárias à liberdade dos seres humanos (ou dos Estados), ela requer justificativas capazes de torná-la universal. Se o recurso a valores constitucionais para condenar situações repressivas não tiver validade geral, corre-se o risco de tal abordagem ser um disfarce para um “decisionismo”.

5. Parecer sobre reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do crime de Genocídio – 1951

A Corte foi chamada, pela AGNU, a se pronunciar sobre a relação entre as Partes na Convenção contra o Genocídio no caso de reservas e de objeções a reservas. Neste parecer, a Corte consagrou a regra sobre reservas (doutrina panamericana) posteriormente acolhida na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969). Com o objetivo de evitar a redução do número de Partes na Convenção contra o Genocídio no caso de objeção a reservas, a Corte alterou a regra que exigia aceitação unânime de uma reserva para que o Estado autor da reserva permanecesse Parte no tratado. A CIJ “bilateralizou” as conseqüências da objeção a reservas, uma vez que declara que a Parte autora da reserva não será considerada Parte no tratado somente pelo autor da objeção à reserva. No entanto, para evitar que um país descaracterize as obrigações decorrentes do tratado mediante a formulação abusiva de reservas, e continue sendo considerado Parte no instrumento, a Corte afirmou que o objeto e o propósito da Convenção devem limitar a liberdade dos Estados em formular reservas. Abre-se, dessa forma, a possibilidade de um “controle de legalidade” de reservas a ser exercido pelos órgãos supervisores do tratado¹⁴. A linguagem constitucional introduzida pela CIJ permite, inclusive, que indivíduos questionem, caso a caso, o exercício da faculdade do Estado de oposição de reservas a certos tratados.

A nova regra sobre reservas decorreu do entendimento da CIJ

¹⁴ Cf. Opinião Consultiva nº 3 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

de que a Convenção contra o Genocídio teria caráter “constitucional”, por conter normas inderrogáveis que refletem valores comuns:

In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type, one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties (Parecer de 28 de maio de 1951, p. 23).

Para o tribunal, os princípios da Convenção são reconhecidos “pelas nações civilizadas” como vinculantes aos Estados, independentemente de obrigações convencionais. Apesar de não incluir referências a esse reconhecimento, que poderia ser facilmente demonstrado por declarações quando da adoção do instrumento, tratam-se de princípios peremptórios que limitam a faculdade de elaborar reservas e que criam obrigações devidas a toda a comunidade internacional.

6. Casos sobre a África do Sudoeste

Os casos relativos ao atual território da Namíbia ocuparam a pauta da Corte Internacional de Justiça durante vinte anos. A Corte pronunciou-se em cinco ocasiões sobre a questão. Emitiu quatro pareceres sobre: i) o status internacional do território (1950), ii) o procedimento de votação da Assembléia Geral da ONU em questões relativas ao território (1955), iii) a possibilidade de realização de audiências com peticionários pelo Comitê da AGNU sobre a África do Sudoeste (1956) e iv) conseqüências jurídicas para os Estados decorrentes da presença continuada da África do Sul na Namíbia (1971). Além disso, a CIJ emitiu sentença nos casos da África do Sudoeste (Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul).

A persistência dessa questão na CIJ decorreu da relutância do Governo sul-africano em transferir o mandato que recebeu da Liga das Nações ao sistema de tutela criado pelas Nações Unidas. O território da África do Sudoeste pertencia à Alemanha até o fim da I Guerra

Mundial. Por meio do Tratado de Versalhes (artigo 119), a Alemanha abriu mão de suas possessões ultramarinhas em favor das potências aliadas. A África do Sudoeste foi colocada sob mandato internacional que seria exercido pela África do Sul. O Governo sul-africano teria poderes de administração e de legislação sobre o território em nome da Liga das Nações, com o objetivo de promover o bem-estar de seus habitantes e o desenvolvimento do território. Após a II Guerra, a África do Sul buscou o reconhecimento das Nações Unidas da integração do território sob o mandato ao seu país, sob o entendimento de que o mandato perdera vigência.

6.1 Parecer de 1950 (status internacional)

As obrigações da África do Sul relativas ao mandato, à época da Liga das Nações, eram de dois tipos: administração do território de forma a atender à “missão sagrada de civilização” e submissão de sua gestão ao sistema internacional de monitoramento. A Corte entendeu que nenhum dos dois tipos de obrigações inerentes ao sistema de mandatos cessou com o fim da Liga das Nações. O significado do artigo 80(1) da Carta era, precisamente, resguardar os direitos dos povos até a conclusão dos acordos de tutela previstos no capítulo XII. No entender da CIJ, a Carta não permitiria um sistema de mandato que preservasse os direitos dos povos de forma mais precária do que aquele que operava na Liga. Tal dispositivo preservaria, segundo a CIJ, o direito individual de petição, que, embora ausente do instrumento de mandato e do Convênio da Liga, fora criado pelo Conselho da Liga. O órgão da ONU encarregado do monitoramento seria, em decorrência de sua competência ampla (artigo 10), a Assembléia Geral.

O raciocínio da Corte se assemelharia a uma abordagem constitucional em dois pontos. Em primeiro lugar, sua interpretação do artigo 80(1) da Carta parece presumir uma regra de “proibição do retrocesso” no sistema de mandatos. Por essa regra, qualquer avanço para a preservação dos direitos dos povos alcançado na época da Liga – direito de petição, por exemplo – haveria de ser preservado pelas Nações Unidas. A “proibição do retrocesso” significa, no âmbito interno,

a preservação dos avanços logrados na concretização de princípios constitucionais, em razão da exigência de se proteger a confiança do indivíduo na ordem constitucional¹⁵. No plano internacional, a adoção pelos Estados de obrigações de proteção dos direitos humanos, e a aquiescência em se submeterem a mecanismos de monitoramento, são entendidos como um processo evolutivo, que conduz à gradual “emancipação” do ser humano em relação ao próprio Estado¹⁶. O reconhecimento desses direitos no plano internacional poderá fazer com que, numa hipotética situação de desmonte do atual direito internacional dos direitos humanos, o argumento da “proibição do retrocesso” seja invocado para invalidar atos de denúncia de convenções de direitos humanos. A manutenção dos direitos da população da África do Sudoeste pela CIJ é exemplo de abordagem constitucional destinada a preservar a autodeterminação – finalidade de qualquer constituição, segundo Kant.

Outro argumento utilizado pela CIJ a se assemelhar a uma abordagem constitucional é a ausência de lacuna no sistema de mandatos com o fim da Liga. Apesar de a Corte reconhecer que a Carta da ONU não criara, para a África do Sul, a obrigação de concluir acordo de tutela para o território sob seu mandato, o mandatário não pode alterar o status internacional de forma unilateral. Ao utilizar-se

¹⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Vol. LXXXII, 2006, p. 239-289. O autor deu notícia de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que reiterou o seu já consagrado entendimento sufragando a idéia de que a segurança jurídica constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem os seus direitos adquiridos, evitando assim que venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional (BverfGE=Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, vol. 105, 2002, p. 57).

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, A. A. A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e os limites da razão de Estado. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 110-118.

da analogia entre o artigo 7º do mandato (aquiescência do Conselho da Liga obrigatória para a modificação de seus termos) e o artigo 85 da Carta (aprovação da Assembléia Geral obrigatória para acordos de tutela), a Corte concluiu que a alteração do status internacional do território depende do acordo entre a África do Sul e as Nações Unidas. Ao invés de o fim da Liga ter criado um “vácuo jurídico”, reconheceu-se a continuidade das obrigações do mandatário em relação à comunidade internacional (organizada sob a ONU). A Corte entendeu que existe uma ordem jurídica completa e coerente, cujas lacunas podem ser preenchidas pelo uso de analogias.

6.2 Parecer de 1955 (procedimento de votação em questões relacionadas a relatórios e petições sobre o território da África do Sudoeste)

O parecer de 1955 resumiu-se a pedido de interpretação sobre trecho do parecer anterior em que a Corte afirmara que o grau de supervisão da AGNU não pode exceder àquele do sistema de mandatos e que o seu procedimento de supervisão deveria conformar-se ao máximo com o da Liga das Nações. A dúvida dizia respeito à observância do quórum de votação previsto no artigo 18(2) da Carta ou à regra da unanimidade do Conselho da Liga. A Corte afirmou que, se as funções de supervisão da AGNU estavam baseadas na Carta, suas decisões devem ser tomadas de acordo com as regras da Carta. Apesar de não entrar em questões substantivas, a CIJ resguardou às Nações Unidas a possibilidade de monitoramento do mandato. Se o tribunal tivesse acolhido o pleito sul-africano e aplicado a regra da unanimidade da Liga das Nações, teria tornado inviável a supervisão do mandato ao possibilitar o veto da África do Sul.

Não há, no presente parecer, em razão de seu caráter eminentemente processual, uma abordagem constitucional explícita. Esta só pode ser entendida ao se considerá-lo parte de um conjunto de decisões sobre a situação da África do Sudoeste. Na medida em que preservou as competências de monitoramento das Nações Unidas, que a exercia no entendimento de “cumprir sua obrigação em relação aos

habitantes da África do Sudoeste” (resolução 749 (VIII) da AGNU, de 28 de novembro de 1953), a CIJ buscou concretizar o direito à autodeterminação.

6.3 Parecer de 1956 (admissibilidade de audiências com petionários no Comitê da AGNU para a África do Sudoeste)

Quando da ampliação de suas formas de monitoramento do mandato exercido pela África do Sul, a AGNU consultou a CIJ sobre a compatibilidade da realização de audiências com o parecer de 1950, especialmente com o entendimento de que o grau de supervisão não poderia exceder o da Liga das Nações. A Corte partiu do pressuposto de que, assim como o Conselho da Liga, a AGNU deveria exercer sua supervisão de modo efetivo e adequado. Do mesmo modo como o Conselho da Liga consagrara o direito de petição, inexistente no Convênio ou no mandato, para que exercesse supervisão de modo mais efetivo, poderia ter autorizado a realização de audiências. A AGNU, ao substituir o Conselho no desempenho desta função, tinha o mesmo poder do órgão predecessor. A CIJ afirmou que o parecer de 1950 não cristalizou o sistema de mandatos.

Tendo em vista que a realização de audiências não criaria ônus para o mandatário, e que o Comitê da AGNU para a África do Sudoeste não contava com o apoio da África do Sul no desempenho de suas funções, a medida auxiliaria as Nações Unidas a melhor julgar o mérito das petições. O argumento sul-africano de que a concessão de audiências implicaria excesso na supervisão não foi acolhido. A Corte atribuiu centralidade à supervisão do exercício do mandato em detrimento de um suposto direito do Estado em não ser submetido a novas formas de monitoramento. Tendo em vista que a medida visava à preservação de direitos dos habitantes do território pelo mandatário, mediante o acesso direto à supervisão internacional, a abordagem constitucional no presente caso evidencia-se pela escolha da proteção da liberdade individual dos habitantes da África do Sudoeste como o valor a prevalecer sobre o direito estatal em não ver ampliada a sua responsabilidade (*accountability*). A participação direta da vítima no processo de supervisão contribuiria para a legitimidade da atuação

do órgão internacional uma vez que permitiria que tais narrativas informassem a construção de uma história oficial da situação¹⁷.

6.4 Parecer de 1971 (consequências jurídicas para os Estados decorrentes da presença continuada da África do Sul na Namíbia)

A resolução nº 2145 (XXI) da AGNU, de 1966, pôs fim ao mandato da África do Sul para administrar o território da Namíbia. Em 1970, o Conselho de Segurança adotou a resolução nº 276, em que declarou ilegal a presença continuada da África do Sul na Namíbia. No ano seguinte, o CSNU indagou à CIJ sobre as consequências jurídicas para os Estados decorrentes da continuada presença sul-africana na Namíbia.

Em memoriais submetidos à Corte, os governos da França e da África do Sul entenderam que a AGNU, ao adotar a resolução nº 2145 (XXI), agiu de modo *ultra vires*¹⁸. Apesar de a análise da validade da resolução não ter sido o objeto principal do pedido de parecer pelo CSNU, a Corte deixou claro que não tem poderes de controle de legalidade das resoluções dos órgãos da ONU:

Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function

¹⁷ Para um estudo sobre a função legitimadora da participação direta da vítima em procedimentos judiciais internacionais, vide o projeto de tese de doutorado: FRISSE, Giovanna, *A participação da vítima no processo penal internacional e a construção de histórias legítimas pelo Tribunal Penal Internacional*, UnB: Faculdade de Direito, 2008 (circulação interna).

¹⁸ Dentre os debates no âmbito das Nações Unidas sobre a interpretação da Carta, o mais controverso diz respeito à atuação *ultra vires* de seus órgãos. A jurisprudência da CIJ faz com que os Estados que se opõem a resoluções das Nações Unidas por considerá-las *ultra vires* fiquem desprovidos de qualquer recurso jurídico (cf. DE VISSCHER, Charles, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris: Pedone, 1966, p. 16).

and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions (parágrafo 89).

A declaração de que seria desprovida do poder de revisão judicial das decisões dos órgãos das Nações Unidas não impediu que a CIJ examinasse a legalidade da resolução da AGNU e confirmasse sua competência para revogar o mandato da África do Sul¹⁹. A declaração da legalidade da resolução da AGNU assemelha-se a decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) que declarou a legalidade da resolução do CSNU que o criara²⁰. Os tribunais desempenharam clara função constitucional de análise da compatibilidade entre as decisões dos órgãos das Nações Unidas e a Carta²¹. Apesar de a abordagem constitucional examinada no presente trabalho não ter o objetivo de analisar arranjos institucionais, o controle de constitucionalidade é um dos pilares da efetividade das constituições nacionais.

¹⁹ Tendo em vista a natureza convencional do mandato, a Corte entendeu, *inter alia*, que a) a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados reconhece o direito de extinguir um tratado em virtude de sua violação, b) o consentimento daquele que viola o tratado não é necessário para o seu término, c) as Nações Unidas, como sucessora da Liga, é o órgão responsável para se pronunciar sobre a conduta do mandatário.

²⁰ De modo semelhante ao “disclaimer” da CIJ, o ICTY declara: “this International Tribunal is not a constitutional court set up to scrutinise the actions of organs of the United Nations. It is, on the contrary, a criminal tribunal with clearly defined powers, involving a quite specific and limited criminal jurisdiction. If it is to confine its adjudications to those specific limits, it will have no authority to investigate the legality of its creation by the Security Council”. Apesar disso, a Corte analisa extensivamente, ao longo de sua decisão, a compatibilidade entre a decisão do CSNU de criar o Tribunal e suas competências sob o capítulo VII da Carta. Conclui que “The Trial Chamber agrees that due to the nature of the conflict, an adjudicatory body is a particularly appropriate measure to achieve lasting peace in the former Yugoslávia” (Caso *Tadic*, Decision on the defence motion on jurisdiction, 10 de agosto de 1995, parágrafos 1-31, disponível em www.un.org/icty, acesso em 28 de julho de 2008).

²¹ Para um estudo sobre o controle de legalidade das decisões do CSNU, cf. HERDEGEN, Matthias, The “constitutionalization” of the UN Security System, 27 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, nº 136, 1994, PP. 134-159.

Ao determinar a todos os membros da ONU a obrigação de reconhecerem a ilegalidade da situação e a nulidade dos atos praticados em nome do território, a CIJ deu exemplos de obrigações que, se não observadas, implicariam o reconhecimento da situação: a) abstenção de celebrar tratados com a África do Sul agindo em nome da Namíbia e de aplicar tratados já existentes relativos àquele território; b) abstenção do envio de missão diplomática à África do Sul com jurisdição sobre a Namíbia; c) abstenção de manter relações econômicas com a África do Sul relativas à Namíbia. Apesar dessas obrigações, a Corte ressaltou que eventuais benefícios para o povo namíbio decorrentes da cooperação internacional deveriam ser mantidos. Com relação à primeira obrigação, os tratados de conteúdo humanitário deveriam permanecer em vigor e serem aplicados. Isso demonstra que a finalidade da ação internacional sobre o assunto é assegurar o exercício da autodeterminação pelo povo da Namíbia. São os seres humanos os beneficiários de tais medidas. A proibição do reconhecimento da legalidade da situação, arrematou a CIJ, era *erga omnes* (e se estendia a não membros das Nações Unidas).

Os exemplos de obrigações que decorreriam do dever de não reconhecimento da situação na Namíbia ilustram o que seriam obrigações *erga omnes*. O conceito de obrigações *erga omnes* está associado à noção de comunidade e de normas de ordem pública. Tais normas, também consideradas “constitucionais”, exprimem os valores materiais supremos da comunidade jurídica e as condições formais para a unidade e o funcionamento do sistema normativo. As obrigações *erga omnes* são o efeito processual decorrente da ordem pública²². São obrigações devidas à comunidade, em cujo cumprimento qualquer Estado tem interesse jurídico direto.

O reconhecimento, pela CIJ, da existência de obrigações devidas a toda a comunidade é uma manifestação clara de uma abordagem constitucional. Ela pressupõe, necessariamente, a existência de normas de ordem pública. Não se poderiam deduzir obrigações em

²² KOLB, Robert. *Théorie du ius cogens international*. Paris: PUF, 2001, p. 172-174.

cujo cumprimento todos têm interesse a partir de obrigações bilaterais de caráter “contratual”, como é o caso dos tratados em geral. Somente uma abordagem constitucional, que pressupõe a existência de uma comunidade jurídica, é capaz de justificar obrigações *erga omnes*. A CIJ parece seguir à exigência de Kant para que o direito das gentes assegure a liberdade individual:

Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro médio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (Kant, 1994, p. 25-26).

Apesar do reconhecimento da existência de obrigações devidas a toda a comunidade, a CIJ não logrou identificar, como veremos a seguir, o segundo efeito processual de uma ordem pública: a existência de uma *actio popularis*.

6.5 Casos relativos à África do Sudoeste (Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul) - 1966

Os demandantes – Etiópia e Libéria – recorreram à CIJ para alegar que o demandado não estava cumprindo suas obrigações, de acordo com o mandato que recebera, de promover o bem-estar material e moral e o progresso social dos habitantes do território. A Corte entendeu que as obrigações criadas pelos mandatos não eram devidas aos membros da Liga das Nações individualmente, mas à organização. Por essa razão, competia à Liga supervisionar o desempenho das funções do mandatário, e não aos Estados membros individualmente. Os mandatários eram agentes da Liga, e não de cada membro da organização. Restava aos membros da Liga participar dos trabalhos de monitoramento da organização. A Corte afirmou que se cada membro individual da Liga tivesse poderes de supervisão, a função do mandatário seria impossível de ser desempenhada diante de 40 ou 50 pontos de vista distintos.

Os demandantes avançaram um “argumento de necessidade”. Se o Conselho da Liga não tinha meios de impor suas decisões sobre

o mandatário, cada membro da organização teria um interesse jurídico direto, como última salvaguarda da “missão sagrada de civilização”, de tomar medidas para o cumprimento dessa função. Tal direito, contudo, seria, na opinião da CIJ, incompatível com um sistema de mandatos que deliberadamente possibilitou que os mandatários vetassem qualquer decisão do Conselho.

A Corte concluiu que, no plano internacional, a regra tem sido a existência de obrigações que não podem ser implementadas por mecanismos jurídicos. A existência de uma *actio popularis*, em que cada membro da comunidade pudesse adotar medidas jurídicas para a proteção de interesses públicos, não pode ser considerada como princípio geral do direito nos termos do artigo 38(1)(c) do Estatuto. Segundo a CIJ, sua função era a de “aplicar o direito tal qual ele existe, e não de criá-lo”. Apesar de rejeitar a pretensão dos demandantes, a Corte dividiu-se na votação (sete a sete), que só foi definida pelo voto de minerva de seu Presidente.

Em votos dissidentes, Kotaro Tanaka e Philip Jessup expuseram o que poderia ser considerado uma abordagem constitucional completa dos casos da África do Sudoeste. Para justificar a legitimidade ativa dos demandantes, entenderam que cada membro da Liga das Nações teria um interesse na administração correta do território pelo mandatário. Cada Estado membro atuaria como um órgão da Liga. Está evidente, nesta argumentação, a influência da teoria do “desdobramento funcional” de Georges Scelle, em que cada Estado também desempenha função de órgão da comunidade internacional.

Segundo os juízes, o interesse no correto desempenho das funções pelo mandatário não seria apenas político, mas também jurídico. A Convenção contra o Genocídio, os tratados para a proteção de minorias e os esforços para suprimir a escravidão seriam exemplos de que o direito internacional já reconheceria a existência de interesses jurídicos não apenas “materiais” ou “tangíveis”, mas em benefício dos seres humanos. O fato de serem interesses jurídicos exige a sua proteção por meio de procedimentos adequados. Takana e Jessup divergem da Corte pois entendem que a existência de obrigações

implicam a existência de mecanismos de implementação. Libéria e Etiópia teriam, portanto, o direito de demandar contra a África do Sul no entendimento de que, atuando na capacidade de órgãos da Liga das Nações, tinham interesse jurídico direto no correto desempenho das funções de mandatário²³.

O presente caso bem ilustra que a abordagem constitucional aplicada pela CIJ restringe-se ao direito material (“considerações fundamentais de humanidade”) ou a um direito processual (“obrigações *erga omnes*”) limitado à coletivização de um interesse. Apesar de ter sido um avanço a Corte reconhecer a existência de um interesse jurídico – e não meramente político – no cumprimento de obrigações devidas à comunidade, ela não depreende outras conseqüências como uma legitimidade *ad causam* generalizada. Por essa razão, rejeita a existência de uma *actio popularis* no direito internacional²⁴.

²³ “Each member of a human society - whether domestic or international - is interested in the realization of social justice and humanitarian ideas. The State which belongs as a member to an international organization incorporating such ideas must necessarily be interested. So far as the interest in this case affects the rights and obligations of a State, it may be called a legal interest. The State may become the subject or holder of a legal interest regarding social justice and humanitarian matters, but this interest includes its profound concern with the attitude of other States, particularly member States belonging to the same treaty or organization. In short, each State may possess a legal interest in the observance of the obligations by other States” (Voto dissidente do Juiz Tanaka, p. 253). O juiz compara o presente caso à situação, do direito comercial, em que acionistas possuem o direito de demandar contra a administração da empresa.

²⁴ A *actio popularis* corresponde à generalização do interesse de agir. Diz respeito, portanto, a uma condição de admissibilidade do caso, e não à jurisdição do tribunal. O exame de exceções de inadmissibilidade (baseadas, por exemplo, em litispendência, coisa julgada, não esgotamento dos recursos internos, inexistência de nacionalidade efetiva para proteção diplomática) sucede ao exame das exceções de competência. O reconhecimento da *actio popularis* não implicaria, necessariamente, a obrigatoriedade da jurisdição da CIJ. A jurisdição da Corte continuaria a ser exercida nos termos previstos em seu Estatuto. A ausência de uma jurisdição compulsória torna difícil o exercício da *actio popularis* porquanto, na maioria dos casos, a CIJ não terá jurisdição. Exemplo dessa situação pode ser encontrado no caso *Timor Leste*, em que a CIJ afirmou não ter jurisdição para julgar supostas violações de obrigações *erga omnes* pela Indonésia.

7. Caso Barcelona Traction (Bélgica v. Espanha) – 1970

Em seu julgamento de 5 de fevereiro de 1970, a Corte analisou pedido de reparação da Bélgica por danos causados a nacionais belgas, acionistas da companhia Barcelona Traction Light and Power Company, decorrentes de atos supostamente contrários ao direito internacional praticados pela Espanha. A Corte entendeu que a Bélgica não tinha *jus standi* para exercer proteção diplomática de acionistas de uma companhia canadense. Não fossem três parágrafos da sentença que distinguem dois tipos de obrigações internacionais²⁵, o caso não teria qualquer relevância acadêmica para além do direito da proteção diplomática.

A distinção entre obrigações em cujo cumprimento todos os Estados têm interesse jurídico e obrigações não absolutas teve o propósito imediato de excluir a Bélgica do pólo ativo da controvérsia, tornando a demanda improcedente, uma vez que as obrigações do caso não tinham essa natureza. A Corte, quiçá motivada pela recente

²⁵ “When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.

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

Obligations the performance of which is the subject of diplomatic protection are not of the same category. It cannot be held, when one such obligation in particular is in question, in a specific case, that all States have a legal interest in its observance”. (Sentença de 5 de fevereiro de 1970, parágrafos 33-35, p. 32).

positivação do conceito de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, esclareceu uma das conseqüências da existência de regras de direito internacional de caráter peremptório. Apesar disso, quando discorreu sobre a origem das obrigações devidas a todos os Estados, a Corte não se referiu a normas superiores de ordem pública. Depreendeu tais obrigações do “direito internacional geral”, de instrumentos universais ou “quase universais”. A CIJ não se concentrou na natureza das normas que dão origem a obrigações *erga omnes*, mas apenas enfatizou o fato de que algumas normas dão origem a um interesse jurídico geral de demandar no caso de sua violação²⁶.

Apesar do reconhecimento de tais obrigações, e de aplicar esse entendimento no parecer de 1971 sobre a Namíbia, não há exemplos, na jurisprudência da Corte, da principal conseqüência prática dessa abordagem: um *jus standi* generalizado (*actio popularis*) em casos de violação. As “leis públicas” que deveriam disciplinar as relações entre os Estados da federação proposta por Kant implicam a coletivização do interesse no seu cumprimento para além da vítima direta. Como visto, um dos fundamentos do constitucionalismo é a coletivização de situações para a preservação de valores superiores de uma comunidade.

8. Caso sobre atividades militares e paramilitares na Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos) – 1984-1986

A CIJ analisou, na última década da guerra fria, conflito típico do período bipolar: a controvérsia entre Nicarágua e Estados Unidos sobre o apoio norte-americano aos *contras* (força paramilitar criada para retirar o governo nicaragüense do poder), o ataque a portos da Nicarágua, o depósito de minas marítimas pelos EUA em águas internas e territoriais da Nicarágua e a violação do espaço aéreo nicaragüense. No

²⁶O artigo 48 do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (2001) acolhe a distinção entre obrigações *erga omnes partes* (devidas a um grupo de Estados para a proteção de um interesse coletivo do grupo) e obrigações *erga omnes* “tout court” (devidas à comunidade internacional como um todo).

juízo relativo ao mérito, em 1986, a Corte, entre outras coisas: i) rejeitou a justificativa de legítima defesa coletiva apresentada pelos EUA; ii) decidiu que os EUA, pelo seu apoio aos *contras*, violaram sua obrigação de não interferência nos assuntos internos de outros Estados; iii) decidiu que os EUA, pelos ataques a portos, bases navais e embarcações nicaraguenses, violaram sua obrigação de não uso da força contra outro Estado; iv) decidiu que os EUA, pela realização de sobrevoos em território da Nicarágua, descumpriram sua obrigação de não violar a soberania de outro Estado.

Em julgamento de 1984 sobre exceções preliminares, a Corte exerceu função constitucional ao definir sua competência em relação à do Conselho de Segurança. O segundo argumento de inadmissibilidade apresentado pelos EUA era o de que a Nicarágua buscava, por intermédio de sua demanda, que a CIJ determinasse a existência de uma ameaça à paz, competência exclusiva do CSNU. A Corte entendeu, contudo, que o fato de um assunto estar sendo tratado pelo CSNU não impede seu tratamento pela Corte. Delimitou a competência dos dois órgãos ao separar as naturezas política e jurídica de um e de outro. Ambos podem exercer suas funções distintas, mas complementares, em relação aos mesmos fatos. O caso diante da CIJ dizia respeito à solução pacífica de uma controvérsia (capítulo VI da Carta), sendo a Corte o principal órgão do sistema das Nações Unidas para isso. Não se tratava da aplicação do capítulo VII da Carta.

O caso ilustra que a CIJ, reiteradas vezes, é chamada a pronunciar-se sobre questões de competência entre os órgãos das Nações Unidas, como nos casos relativos à África do Sudoeste. A CIJ teve de se pronunciar sobre a compatibilidade entre sua atuação e a Carta das Nações Unidas. A delimitação de competências e a resolução de antinomias é importante função desempenhada pela jurisprudência de tribunais internacionais para conferir coerência ao direito internacional. No direito interno, as normas constitucionais auxiliam no desempenho dessa função pelos órgãos estatais.

Antes de entrar no mérito, a CIJ reiterou seu entendimento quanto à “justiciabilidade” do caso, isto é, sua competência para analisar a legalidade do uso da força (parágrafos 32-35). A CIJ

afirmou que o uso da força e o exercício do “direito” à legítima defesa coletiva é regulamentado por tratados (Carta da ONU) e pelo direito consuetudinário. O órgão judicial poderia, portanto, examinar a *existência* de ataque armado a justificar legítima defesa e se as medidas tomadas se caracterizariam como *legítima defesa*. Isto demonstra que a proibição do uso da força tem função não apenas de regulamentar o comportamento dos Estados, mas de diminuir a esfera de questões ditas “não justiciáveis”. Tais regras desempenham o papel de gradualmente “juridificar” as relações entre Estados e permitir que situações repressivas possam ser condenadas de modo objetivo. Tornam possível a “constitucionalização” do direito internacional.

Outra evidência de uma abordagem constitucional utilizada pela CIJ no caso *Nicarágua* foi o reconhecimento de obrigações fundamentais sem referência a tratados. Obrigações relativas ao não uso da força, não interferência em assuntos internos e não violação da soberania decorrem também do direito internacional consuetudinário. A CIJ não pôde recorrer ao direito convencional em virtude de reserva dos EUA à aceitação da competência compulsória da CIJ. A reserva excluía a jurisdição da Corte em “controvérsias sobre tratados multilaterais, exceto se (1) todas as partes no tratado afetadas pela decisão também sejam partes no caso ante a Corte, ou (2) os Estados Unidos consentam ao exercício da jurisdição”. A Corte concluiu que a reserva impedia a aplicação das Cartas da ONU e da OEA ao caso, mas não de outras fontes de direito internacional listadas no artigo 38 de seu Estatuto.

A Corte passou a examinar a existência de *opinio juris* entre os Estados, confirmada pela prática geral, que incorporassem tais regras ao direito internacional consuetudinário. O fato de os dois Estados em questão reconhecerem tais regras em tratados nos quais são Partes, ou reconhecerem a existência de tais normas, não seria suficiente para considerá-las costume. O rigor do teste da existência de um costume não significa, porém, que a prática geral devesse seguir uma estrita uniformidade. A prática dos Estados deve ser, em geral, consistente com as normas. Condutas inconsistentes podem ser violações das regras ou exceções permitidas pela própria norma que reforçariam a prova de sua existência. Para provar a existência

de uma *opinio juris* relativa ao não uso da força e não intervenção, a Corte recorreu, em especial, a declarações e resoluções da AGNU e do sistema interamericano.

Segundo a CIJ, o consenso da AGNU em torno da resolução 2625 (XXV) – “Declaração sobre Princípios de Direito Internacional relativos a Relações Amistosas e Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas” – não caracterizou simplesmente um “esclarecimento” acerca do conteúdo da Carta. Tal consenso ilustra a aceitação geral da validade (*opinio juris*) das regras consagradas na resolução. Para a Corte, também evidenciam a validade de tal norma consuetudinária as freqüentes declarações de Estados que consideram o artigo 2 (4) da Carta da ONU como o “princípio fundamental” do direito internacional. O tribunal referiu-se a relatório em que a Comissão de Direito Internacional da ONU considera tal dispositivo da Carta como de *jus cogens*. Além disso, citou petições das Partes em que EUA e Nicarágua reconheceram a importância de se considerar opiniões de especialistas sobre o caráter de *jus cogens* da norma²⁷.

Ao discorrer sobre a única exceção (consuetudinária e convencional) à regra do não uso da força, a CIJ mencionou o “direito inerente” à legítima defesa. Uma das condições para o exercício desse direito é a existência de *ataque armado*. A Corte recorreu, mais uma vez, à AGNU para concluir que “há amplo acordo quanto à natureza dos atos que podem ser considerados *ataques armados*” (§ 195). Tal acordo estava refletido na resolução 3314 (XXIX) da AGNU, sobre a definição de agressão, e, segundo a Corte, era evidência do direito consuetudinário.

²⁷ Karl Zemanek é crítico quanto ao método utilizado pela CIJ para declarar o não uso da força não apenas costume, mas também *jus cogens*. A Corte caracterizou a norma como peremptória com base em a) declarações não especificadas de Estados, b) opinião da CDI e c) petições das Partes (cf. ZEMANEK, Karl, How to identify peremptory norms of international law, In: DUPUY, P.M.; FASSBENDER, B.; SHAW, M.; SOMMERMANN, K.P., *Common values in international law: essays in honour of Christian Tomuschat*, Kehl: N. P. Engel Verlag, 2006, p. 1103-1117).

A constante referência da Corte à AGNU para provar a existência de um costume demonstra a importância da existência de um órgão de composição universal para o direito internacional. Em um órgão que desfruta da legitimidade da AGNU, os membros da comunidade internacional podem reafirmar ou consagrar valores fundamentais. A própria prática da AGNU tem demonstrado que suas resoluções têm significado, relevância e efeitos jurídicos variáveis. Sua composição e seu processo decisório permitem que os Estados, até certo ponto, compensem suas desigualdades de poder no cenário internacional²⁸. A CIJ tem reconhecido tal papel da AGNU²⁹.

A Corte também caracterizou, no presente caso, o princípio da não intervenção como costume. Para isso, fez o mesmo exercício de identificar a *opinio juris* e a prática estatal. Além da resolução 2625 (XXV) da AGNU, a Corte referiu-se à resolução 2131 (XX) também da AGNU – Declaração sobre a Inadmissibilidade da Intervenção em Assuntos Internos dos Estados e a Proteção de sua Independência e Soberania. Apesar de reconhecer que, quando de sua adoção, os EUA consideraram-na “apenas uma declaração de intenções políticas e não uma formulação de regras”, isso não configurou ausência de consentimento uma vez que seu conteúdo foi replicado na resolução 2625. Além disso, a Corte deu outros exemplos de consentimento dos EUA a esse princípio: ratificação do Protocolo Adicional sobre Não Intervenção (1936) à Convenção de Montevideu sobre Direitos e Obrigações dos Estados (1933), resoluções nº 78 e 128 da AG da OEA, Ata Final da Conferência de Helsinque sobre Segurança e Cooperação na Europa (1975).

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direito das organizações internacionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 74.

²⁹ Ilustra essa percepção, além da sentença *Nicarágua*, o voto do Juiz Jessup no caso da África do Sudoeste: “my conclusion does not rest upon the thesis that resolutions of the General Assembly have a general legislative character and by themselves create new rules of law. But the accumulation of expressions of condemnation of apartheid as reproduced in the pleadings of Applicants in this case, especially as recorded in the resolutions of the General Assembly of the United Nations, are proof of the pertinent contemporary international community standard” (p. 441).

A Corte rejeitou, ademais, que a suposta intervenção da Nicarágua nos assuntos internos de seus vizinhos centro-americanos justificasse contra-medidas de terceiros na forma de intervenção que envolvesse o uso da força. Para a CIJ, só um ataque armado poderia justificar o exercício da legítima defesa coletiva. A Corte afirmou que somente as vítimas diretas de atos imputados à Nicarágua (El Salvador, Honduras ou Costa Rica) poderiam fazer uso de contra-medidas proporcionais. A CIJ afastou, desse modo, a possibilidade de contra-medidas de terceiros.

A sentença do caso *Nicarágua* demonstra a importância de uma abordagem constitucional do direito internacional para que se superem exceções de incompetência ou de inadmissibilidade, frequentemente invocadas para evitar que as condutas dos Estados se submetam a uma análise jurídica. A Corte só pôde exercer jurisdição porque recorreu ao direito consuetudinário. O costume cumpre, no direito internacional, papel essencial para sua constitucionalização, uma vez que reflete valores comunitários que podem ser confirmados pela prática. A AGNU tem sido reconhecida como o fórum legítimo em que tais valores podem ser reconhecidos e uma *opinio juris* ampla, encontrada.

9. Conclusão

A existência de “considerações de humanidade” amplamente reconhecidas, que criam obrigações de ação ou omissão aos Estados, obrigações essas devidas a toda a comunidade internacional, em cujo cumprimento todo Estado tem interesse jurídico direto, evidencia uma abordagem constitucional do direito internacional. Essa abordagem utiliza-se de um vocabulário constitucional. Tratam-se de valores compartilhados por uma comunidade política que servem de critério para julgar a medida de liberdade dos Estados e por meio dos quais é possível condenar situações repressivas. Esse vocabulário permite que se questione a legitimidade da ordem política vigente e se reivindicuem transformações. Um dos fundamentos do constitucionalismo

do século XVIII foi, precisamente, o recurso a valores universais – liberdade e igualdade – para condenar a realidade política³⁰.

Mas, afinal, por que caracterizar tal abordagem do direito internacional de “constitucional”? Porque nela estão presentes vários dos fundamentos do constitucionalismo, como a proteção da liberdade humana mediante uma ordem jurídica que vincula a todos. Também porque essa abordagem parece fortemente influenciada pelo projeto kantiano de estender o constitucionalismo ao plano internacional. Kant acreditava que este projeto seria inevitavelmente cumprido pelo curso natural da História. Ele é uma das etapas do processo que conduzirá o homem à construção de uma sociedade em que a lei garantirá a cada um dos seus membros o máximo de liberdade que seja compatível com a liberdade dos restantes³¹.

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça ilustra como opera essa abordagem do direito internacional em casos concretos. O preenchimento de lacunas no direito internacional convencional, o recurso ao costume – e à AGNU para provar a sua existência – para permitir que certas situações se submetam ao Direito e ultrapassem reservas à sua jurisdição, a possibilidade de um “controle de legalidade” de reservas a tratados, a existência de interesses jurídicos de cada Estado em ver cumprida obrigação devida à comunidade internacional: tudo isso demonstra a redução do escopo de questões “não justiciáveis” e a gradual juridificação das relações entre Estados, de modo a preservar a liberdade humana.

³⁰ Embora o fundamento teórico desses valores era distinto, justificavam mudanças na realidade política “For the American founding fathers, the freedom and equality of all men was a fact, a given, and a political order was legitimate only to the degree that it respected the rights of the individual. For the French, on the other hand, freedom and equality and the rule of reason were ideals that would not become reality until the future” (PREUSS, Ulrich Kalus. *Social progress or political freedom? Constitutional revolutions: the link between constitutionalism and progress*. Trad. Deborah Lucas Schneider. Atlantic Highlands: Humanities Press, 1995, p. 41-57).

³¹ KANT, Immanuel. Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. In: GARDINER, Patrick (ed.). *Teorias da história*. 4ª ed. Trad. Vítor Matos e Sá. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 28-41.