

LIMITES DO JULGAMENTO POR EQUIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

*LIMITS TO EQUITY JUDGMENT IN INTERNATIONAL LAW*Carlos Henrique Batista da Costa ^A <https://orcid.org/0009-0008-6924-7008>Luiz Carlos Silva Faria Junior ^B <https://orcid.org/0000-0001-9545-5435>

^A Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, estagiário do escritório Fernanda Telles Advogados.

^B Advogado da área de Empresas e Direitos Humanos e Pro bono em TozziniFreire Advogados; Doutorado em andamento em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RIO; Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF.

Correspondência: defgama@hotmail.com, luizcsfariajr@hotmail.comDOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.63299>

Artigo recebido em 03/11/2021 e aceito em 29/06/2023.

Resumo: Este artigo tem como objetivo investigar os limites do julgamento por equidade através de uma análise exploratória das fontes do Direito Internacional Público e da jurisprudência de cortes internacionais. Para tal aborda-se inicialmente de maneira geral as fontes do DIP listadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, quais sejam: os costumes, os tratados e os princípios gerais de direito. Posteriormente tratar-se-á dos atos unilaterais como fontes do DIP e da equidade, para então discutir sobre a hierarquia das fontes e, finalmente, sobre o julgamento por equidade e seus limites.

Palavras-chave: Direito Internacional público; Fontes; Julgamento; equidade; conflito.

Abstract: This article aims to investigate the limits of equity judgment through an exploratory analysis of the sources of International Public Law and the jurisprudence of international courts. To this end, it initially addresses in a general manner the sources of International Law listed in Article 38 of the International Court of Justice Statute, namely: customs, treaties and general principles of law. Later on, unilateral acts will be dealt with as sources of International Law and equity, to then discuss the hierarchy of sources and, finally, the equity judgement and its limits.

Keywords: Public international law; Sources; Judgment; equity; conflict.

1. INTRODUÇÃO

Um debate antigo e ainda atual no campo do Direito Internacional Público diz respeito às suas fontes, previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945), mas que ainda provocam questionamentos quanto aos seus usos, hierarquias e efeitos, principalmente no que diz respeito à equidade.

Dessa forma, através de uma metodologia de análise bibliográfica e jurisprudencial internacional, pretende-se investigar os limites ao julgamento por equidade realizado pelas cortes internacionais.

A investigação se dará pela sistematização das leituras realizadas por juristas brasileiros e estrangeiros sobre as fontes do direito internacional e sobre a equidade, bem como dos principais julgamentos realizados que utilizam a equidade como fundamento ou método interpretativo.

Importante ressaltar que estas sistematizações não se pretendem exaustivas do debate sobre a equidade, apresentando os posicionamentos de alguns autores relevantes e abordando casos importantes para a compreensão atual do objeto deste trabalho, qual seja, os limites do julgamento por equidade.

Inicialmente trata-se das fontes do Direito Internacional, abordando o costume, as convenções internacionais e os princípios gerais de direito. Posteriormente apresenta-se a controvérsia existente na doutrina sobre a consideração da equidade como fonte do DIP ou não para então avançar para a discussão sobre os limites do julgamento por equidade.

Neste tópico classifica-se os limites do julgamento por equidade em: [i] limites quanto aos fundamentos da decisão; [ii] limites quanto à conformidade com o Direito Internacional; e [iii] limites quanto aos efeitos da decisão. E discute-se a existência de dois tipos de juízo de equidade no direito internacional e a possibilidade da utilização da equidade para produção de decisões *contra legem* pelas cortes internacionais.

2. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

O estudo das fontes do Direito Internacional evidencia as distinções entre este e o direito nacional dos Estados, especialmente em relação à produção de normas jurídicas e sua eficácia (THIRWAY, 2019). No Direito Internacional não há um órgão que concentra a

capacidade legislativa ou um conjunto sistemático e hierárquico de tribunais com jurisdição para interpretar e determinar a aplicação destas normas.

Além disso não há um organismo central e superior capaz de obrigar e coagir o cumprimento das normativas internacionais como nos sistemas jurídico-políticos nacionais, o que qualifica a sociedade internacional como anárquica (BULL, 2002).

Importante destacar que a constituição de tal sociedade internacional se deu e se dá a partir de relações desiguais e informadas pela colonialidade (BALLESTRIN, 2017) que significam e ressignificam a conformação do Direito Internacional enquanto campo jurídico.

O que pretende-se dizer é que a determinação dos contornos do direito internacional é orientada por uma perspectiva colonial e hierarquizadora de sujeitos, Estados, culturas e sociedades, que legitimou o colonialismo e a violação sistemática de direitos humanos, e que estrutura as instituições internacionais e sua interpretação do direito (ANGHIE, 2004).

Dessa forma, aquilo que se entende por fonte do direito internacional, as espécies elencadas ou não e a sua conceituação são atravessados pela colonialidade.

Segundo Malcolm Shaw (2017), as fontes do direito internacional são:

aquelas disposições que operam dentro do sistema legal no plano técnico, e excluem-se as fontes últimas como razão ou moralidade, bem como as fontes mais funcionais como bibliotecas e periódicos. O que se pretende é um levantamento do processo através do qual emergem regras de direito internacional. (SHAW, 2017, p.52. Tradução Nossa)

Tal conceito de Shaw (2017) é um exemplo do acúmulo teórico europeu – e reproduzido no Brasil - do que seriam fontes do direito internacional, optando por uma definição tecnicista e apolítica, que desconsidera as determinantes históricas que estabeleceram os processos através dos quais surgem as regras do direito internacional.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz o rol mais reconhecido das fontes do DIP:

Art. 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

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

- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. sob ressalva da disposição do 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. (ECIJ, 1945)

O artigo estabelece, de acordo com a interpretação que se dá a este, que são fontes do direito internacional: as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito¹. As decisões judiciais e a doutrina dos juristas figuram como meios auxiliares e a equidade resta como alternativa não prejudicada pelo rol elencado.

Grande parte da doutrina (THIRLWAY, 2019) entende que o rol elencado no artigo 38 seria exaustivo em listar de maneira geral as fontes do DIP, e que os subparágrafos/incisos “a” a “d” representariam o direito internacional a ser aplicado conforme o próprio artigo dispõe ao afirmar que “a Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional” (ECIJ, 1945).

No entanto, tal posição não é unânime. O Juiz Mohamed Shahabuddeen (2007) preceitua que

É discernível a opinião de que as alíneas (a) a (d) do artigo 38, parágrafo 1, não são exaustivas do "direito internacional", como mais geralmente referido no artigo 36, parágrafo 2(b). Uma vez que a função do Tribunal é "a de decidir, de acordo com o direito internacional", se um princípio pode ser apresentado como parte do direito internacional o Tribunal deve decidir de acordo com esse princípio quando relevante, quer se enquadre ou não nos subparágrafos (a) a (d) do parágrafo 1 do artigo 38. A estrutura da disposição encoraja a opinião de que estes subparágrafos podem ser interpretados como uma diretriz permanente ao Tribunal para que aplique certos elementos a fim de ajudá-lo a encontrar o que é o "direito internacional" de acordo com a qual ele deve decidir a disputa. Sob esse ponto de vista, é pelo menos argumentável que o Tribunal não esteja impedido de descobrir o direito internacional por outros meios, se puder. (SHAHABUDEEN, 2007, p.81. Tradução Nossa)

¹ Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, e Paulo Borba Casella (2012, p.145) estabelecem uma classificação das fontes do direito internacional em fontes reais, formais e materiais. Na primeira se enquadrariam os princípios gerais de direito, aonde se localizaria o conteúdo real. As fontes formais são os costumes e os tratados internacionais, que são manifestações codificadas do conteúdo. E as fontes materiais seriam as demandas e os contextos sociais e políticos que embasam a norma.

Partindo da compreensão majoritária da doutrina e das cortes internacionais quanto ao caráter exaustivo das fontes previstas no artigo 38 do ECIJ, formalmente, entre as três fontes elencadas no artigo 38 do ECIJ e mencionadas acima não há distinção hierárquica. No entanto, a prática das cortes internacionais confere aos princípios gerais de direito um papel complementar em relação ao costume e aos tratados, mas muitas vezes determinante na resolução de controvérsias (MAZZUOLI, 2019).

O entendimento de que os tratados e costumes possuem uma alta posição no rol de fontes do DIP conferem a eles uma autoridade normativa, e diante da ausência de hierarquia entre eles, tratados são aptos a derogar, entre as partes que o celebram, uma norma costumeira, e o costume também pode se sobrepôr a norma convencional em casos excepcionais. Sobre isso Mazzuoli (2019) explica:

Esse o motivo talvez pelo qual “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes” precedem “o costume internacional” no ECIJ, o que não significa existir qualquer hierarquia técnica entre tais normas. O caso da prevalência do costume sobre a norma convencional, que se poderia citar a título de exceção, diz respeito à hipótese em que o costume é verdadeira norma de *jus cogens*, caso em que prevalece (hierarquicamente) sobre quaisquer normas internacionais (sejam tratados ou mesmo costumes de outra natureza), tal como estabelecem os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. (MAZZUOLI, 2019, p.165)

Ainda segundo Mazzuoli (2019), apesar da ausência de hierarquia entre as duas fontes em questão², os tribunais têm conferido mais peso às disposições convencionais obrigatórias vigentes do que às normas costumeiras, devido à maior segurança e estabilidade que os tratados aportam às relações internacionais.

² Com o objetivo de prover resolução para os conflitos que porventura existam entre as normas, o direito internacional se apropria dos métodos tradicionais para soluções de antinomias: como o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*). Tais critérios de resolução de antinomias podem ser utilizados no caso de conflitos entre costumes e entre tratados (MAZZUOLI, 2019).

2.1 O costume internacional

Nesta empreitada exploratória sobre as fontes do direito internacional iniciaremos com o costume internacional, mais antigo nascedouro de normas jurídicas internacionais justamente pela ausência histórica de um órgão central unificado de produção de normas jurídicas, ou até mesmo de um código de direito internacional.

Escrevendo no século XIX, Friedrich Carl von Savigny aborda a dinâmica dos costumes da seguinte forma:

Todo direito se forma da maneira que o uso corrente – não de todo apropriado – qualifica de costumeira, ou seja, é produzido primeiro pelos usos e pelas convicções do povo, depois pela jurisprudência, e o é, assim, pelas forças internas, silenciosas, não de modo arbitrário, por um legislador. Esse estado de fato somente foi estabelecido até aqui historicamente; a análise mostrará se deve ser cultivado e desejado. (SAVIGNY *apud* ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p.147)

A análise posta acima se coaduna com o que viria a constar no artigo 38.1.“b” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito” (ECIJ, 1945), demonstrando que o processo de formação dos costumes se dá de forma autônoma e a partir dos usos, convicções e práticas dos sujeitos.

Com isso é possível identificar dois elementos fundamentais dos costumes internacionais: objetivo/material e subjetivo/psicológico.

O elemento objetivo se traduz na existência de uma prática reiterada, que oportunamente é levada a cabo pelos Estados. Entende-se que a formação de um costume se dá por meio da repetição progressiva e sistemática de uma prática, mas que não exige a repetição da totalidade dos Estados na sociedade internacional. No entanto, o argumento da existência de uma norma costumeira é fortalecido proporcionalmente em relação ao número de Estados que a reconhecem e aderem. Além disso, essa conduta precisa ser aceita – considerada lícita -, tácita ou expressamente pela sociedade internacional.

Mas frise-se, porém, ser impossível estabelecer critérios exaustivos para prever as condutas que, pela sua repetição, podem ser capazes de criar uma prática nas relações entre Estados ou organizações internacionais, não obstante já ter havido alguma tentativa nesse

sentido. Nesse campo, tudo estará a depender das circunstâncias do caso e da natureza da prática em questão (MAZZUOLI, 2019).

O elemento subjetivo, ou *opinio juris*, por sua vez, é a convicção dos sujeitos do DIP de que a prática reiterada não compõe somente um conjunto habitual e moral de comportamentos, mas é juridicamente obrigatória.

Tal compreensão é cimentada pela Resolução A/RES/73/203 da Assembleia Geral da ONU sobre identificação do Direito Internacional Costumeiro (2018), na Conclusão 9:

Conclusão 9 - Requerimento da aceitação como lei (*opinio juris*)

1. A exigência, como elemento constitutivo do direito internacional consuetudinário, de que a prática geral seja aceita como lei (*opinio juris*) significa que a prática em questão deve ser empreendida com sentido de direito ou obrigação legal.

2. Uma prática geral aceita como lei (*opinio juris*) deve ser distinguida do mero uso ou hábito. (AG, 2018, p.3-4. Tradução Nossa)

No mesmo sentido, Malcolm Shaw (2017) entende que a *opinio juris* é a dimensão do costume que transforma as regras do direito internacional, pois é através dela que ocorre a mudança na compreensão dos sujeitos sobre o conteúdo das normas. Os Estados e demais sujeitos se comportam de certa forma pelo seu convencimento de que estão juridicamente obrigados e vinculados à fazê-lo.

Distinta da concepção dos voluntaristas de que a *opinio juris* seria um acordo abstrato de vontades, esta se conforma como a “crença prematura dos atores da sociedade internacional (criadores daqueles ‘precedentes’ já referidos) de que aquilo que se pratica reiteradamente se estima obrigatório, pelo fato de ser justo e pertencente ao universo do Direito” (MAZZUOLI, 2019, p.161).

O costume internacional pode emergir, inclusive de regras estabelecidas em tratados e, como consequência, obrigar todos os Estados que não se opõem de forma consistente à aplicação dessa regra, ou pode ser codificado em convenções internacionais subsequentes, que iremos abordar a seguir.

2.2 As convenções internacionais

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), é o conjunto normativo central sobre o tema, que, à época, positivou as regras costumeiras sobre a matéria, obtendo

grande adesão justamente por trazer a prática reiterada dos Estados compreendida como legalmente obrigatória.

Segundo Accioly, Silva e Casella (2012, p.155), um tratado é “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”, e as Convenções de Viena de 1969 e 1986³ estabeleceram que “o direito de firmar tratados deixou de ser atributo exclusivo dos estados, e pode ser exercido também pelas demais pessoas internacionais, sobretudo as organizações internacionais”⁴.

Como mencionado anteriormente, os tratados podem ser manifestação positiva de normas costumeiras internacionais, contendo normativas fruto de simples acordos de vontade entre os sujeitos ou valores centrais para a existência e funcionamento do sistema internacional. Se referindo a Moisés Maimonides, Accioly, Silva e Casella (2012) apontam:

Aí se inscreve o limite objetivo entre o que é passível de acordo entre os estados, enquanto outras matérias, por sua natureza, não comportariam derrogação, em razão de sua natureza de normas imperativas de direito internacional geral, que não podem ser modificadas senão por outras normas de natureza equivalente. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p.156)

A análise dos autores encontra lastro em Francisco de Vitória, que afirmava que o conteúdo dos tratados é composto por normas com força de pacto (*jus dispositivum*), que representam acordos bilaterais ou multilaterais de vontade, e também por normas com força de lei, ou normas *jus cogens*⁵ (GÓMEZ ROBLEDO, 1989, p. 113-114).

³ Em 1986 foi assinada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/185972?ln=en>. Acesso em 10 dez. 2020.

⁴ Conforme apresentam Accioly, Silva e Casella (2012, p.157), a doutrina alemã do princípio do século XX realizava uma diferença entre os tratados-contrato e os tratados-lei. Estes “seriam, em geral, os celebrados entre muitos estados com o objetivo de fixar normas de direito internacional (as convenções multilaterais como as de Viena seriam exemplos perfeitos desse tipo de tratado)”. Aqueles “procurariam regular interesses recíprocos dos estados, isto é, regular interesses, geralmente de natureza bilateral”. E os tratados-contrato podem ser executados ou executórios. Os do primeiro tipo “devem ser logo executados e que, levados a efeito, dispõem sobre a matéria permanentemente, uma vez por todas, como ocorre nos tratados de cessão ou de permuta de territórios”; os do segundo “são os que preveem atos a serem executados regularmente, toda vez que se apresentem as condições necessárias, como nos tratados de comércio e nos de extradição”.

⁵ Segundo Mônica Duarte (2016, p.29), as normas *jus cogens* “são imperativas e estão acima da vontade dos Estados, ou seja, nos direitos que estejam sob o domínio do *jus cogens*, os Estados não têm poder. Assim, tais normas se fundamentam em princípios éticos, em valores fundamentais da comunidade internacional como um todo e possuem como objetivo proteger valores humanos essenciais, a fim de garantir a integridade dos regimes jurídicos gerais.” E conforme introduzido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 53, esta é “norma imperativa de direito internacional geral, da qual nenhuma derrogação será permitida, e que somente poderá ser alterada por outra norma de igual natureza”.

Para que uma convenção internacional seja considerada válida é fundamental a existência de consentimento das partes – mesmo que este consentimento seja construído dentro de um sistema de pressões políticas e de relações desiguais -, e que seu conteúdo seja lícito e possível. Assim, um tratado só faz lei perante aqueles Estados que dele fazem parte, conforme o princípio da autonomia e soberania estatal, aplicando-se também para os demais sujeitos detentores de personalidade internacional, como as organizações internacionais.

Ainda sobre a questão do consentimento surge a questão das reservas a tratados internacionais, que provoca diversos posicionamentos por parte da doutrina. Desde 1951, com a Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre Reservas à Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio⁶, que as Nações Unidas adotam o regime de compatibilidade das reservas:

Nesse regime, basicamente, os Estados podem formular livremente reservas, independentemente da aceitação dos outros Estados participantes da convenção, desde que as reservas não atinjam o objeto e a finalidade do tratado. No entanto, muitos óbices surgem em decorrência da aplicação do regime em questão, os quais acabam por afetar a própria integridade do tratado.

Com efeito, o anseio em estender o tratado a um maior número de partes, evidente no texto do parecer da Corte Internacional de Justiça, coloca em perigo o próprio conteúdo da convenção, o que suscita variadas críticas, em especial no que tange aos tratados que versam sobre direitos humanos, pela relevância do objeto por eles tutelado. (RATCKIEWICZ; RIBEIRO JUNIOR, 2012, p.200)

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), no seu artigo 19, positiva o entendimento sobre o regime de compatibilidade.

Artigo 19. Formulação de Reservas

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

- a) a reserva seja proibida pelo tratado;
- b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
- c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. (ONU, 1969)

⁶ Para maiores informações sobre o caso ver: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em 10 dez. 2020.

No que diz respeito a interpretação dos tratados, a Convenção de Viena (1969) dispõe nos artigos 31 a 33 que estes devem ser interpretados de acordo com o princípio geral da boa-fé. A regra básica contida no artigo 31.1 afirma que “Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, levando-se em consideração o seu preâmbulo e seus anexos.

Como é possível perceber, as convenções internacionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios gerais de direito e valores fundamentais que as orientam e que estruturam o próprio direito internacional, como será tratado a seguir.

2.3 Os princípios gerais do direito

No que se refere aos princípios gerais do direito, faz-se necessário dizer que diante das fontes do Direito Internacional presentes no Estatuto da CIJ, os PGD’S (Princípios Gerais do Direito, se forem compreendidos como fonte formal, estes seriam os mais trabalhosos no sentido da caracterização, sendo assim haveriam diversas variações, como autores, que negam seu valor, enquanto outros julgam que se trata, do aspecto do costume internacional, ao mesmo tempo que são considerados como uma fonte real. Ademais, estes possuem um eixo de valores bem como de princípios, que conseguirá orientar a consolidação e a compreensão das normas, visto que essas são fontes verdadeiras ou fundamentais, e que fornecem elementos para que seja possível interpretar tratados e dos costumes, sendo as duas grandes fontes incontestadas do Direito Internacional Positivo, enquanto fontes formais ou positivas. Segundo Hildebrando Accioly:

Para o Comitê de Juristas que elaborou o projeto de Estatuto da CPJI, os princípios gerais do direito seriam aqueles aceitos pelos estados in foro doméstico. A transposição de princípios e normas dos direitos internos para o Direito internacional comporta desenvolvimentos específicos, em função das mutações de contexto institucional e normativo do Direito Internacional. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, P.174)

Cabe mencionar, “que o Direito Internacional não consiste somente na observância dos tratados. Além dessa ordem jurídica convencional, existe ordem comum” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, P.174), sendo essa estabelecida por razões de justiça e de utilidade, que tem tanto às vezes mais valor na sociedade dos estados que na sociedade dos homens.

Além disso, está diretamente vinculado à implementação do Magistrado dos princípios do direito, que deveras complicado, visto que o Juiz Internacional demonstra implementar uma norma que não existe. Logo, se torna perceptível a existência da desconfiança no que tange a obra criadora bem como a prudência das jurisdições internacionais.

Consequentemente, no período pós-moderno, não se sofre mais pela falta de normas, mas pode-se dizer que cabe proceder à reorientação de todo foco do sistema internacional na acepção do conjunto de princípios, para acolher o ser humano como eixo do Direito Internacional.

Cabe mencionar, que diante da Conferência de São Francisco, a opinião sobre o artigo 38 do Estatuto da CPJI se abrange, e desta maneira a ideia não foi aceita, visto que este tinha como meta a implementação bem como ampliar a ação que o Magistrado poderia recorrer, acerca dos Princípios Gerais do Direito, após isso, os PGD'S passam a poder igualmente informar o Direito Internacional.

Se faz necessário mencionar, que o Comitê de juristas no momento da implementação dos Princípios Gerais do Direito, dentre as normas que seriam implementadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), possuía em mente que, as normas constantes de tratados e do costume silenciassem a respeito de caso em julgamento, conseqüentemente a Corte possuiria a obrigação de se proferir, não se omitindo de julgar e declarar a ausência de norma específica *non liquet*. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, P.175)

A interpretação do Comitê de Juristas, era de que não se estava modernizando o tema, justamente pois os Tribunais Internacionais e também os Domésticos, recorriam aos Princípios Gerais do Direito⁷.

No que tange a antecessora da CIJ, supõe-se que ela se portava de maneira bastante cuidadosa e atenciosa, visto que podiam ser citados algumas decisões ou até mesmo pareceres que evitavam a utilização do artigo 38 ou do termo 'Princípios Gerais de Direito'. Pode-se dizer que com o passar do tempo a Corte entendeu Princípios Gerais, bem

⁷ Se faz necessário mostrar que a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LINDB) em seu art. 4º se inspirou no seguinte rumo ao dispor: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os Princípios Gerais do Direito".

estabelecidos, ou geralmente reconhecidos. Logo, caso fosse aceito por meio do “*Opinio Juris*”, esses princípios Gerais de Direito assumiriam características de costume.

Segundo Accioly, Silva e Casella (2012), o Estatuto da CIJ não havia ainda expurgado as referências acerca dos princípios. Princípios esses que estão presentes antes da primeira guerra mundial, momento em que o Direito Internacional, ainda possuía um déficit da projeção civilizadora, em relação ao resto do mundo. Logo se entende, que não se pode autorizar que as leis de qualquer membro da ONU sejam inaceitáveis, podendo existir dessa forma a eliminação pura e simples da frase. Desta maneira, pode-se compreender o dispositivo legal através da seguinte frase: “conteúdo mínimo compartilhado, por parte de todos os sistemas nacionais, que aceitem os imperativos básicos da convivência organizada” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, P.176).

Insta salientar, a existência da ideia de que o princípio geral, é uma norma, mas norma geral sendo essa tão importante que comanda as outras. Desta maneira, se vê que “os princípios de direito são as normas essenciais sobre as quais se fundam as normas secundárias de aplicação e de técnica” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, P.176). Por fim, pode-se dizer que os princípios gerais do direito têm se mantido como útil e necessário, mesmo que esses possuam limites nos quais não se encontram bem definidos.

2.4 A jurisprudência e a doutrina dos juristas

No que se refere mais precisamente aos meios auxiliares, faz-se necessário abordar a jurisprudência e a doutrina dos juristas. Acerca das jurisprudências entende-se que essas são as constantes e reiteradas manifestações do Poder Judiciário, como previsto pelo art. 38 do ECIJ, todavia eles necessitam abordar um mesmo assunto, de forma que a solução seja idêntica. Ademais, essas decisões judiciais servem para a jurisprudência de tribunais internacionais permanente, bem como os tribunais *ad hoc* e arbitrais, e valendo-se para tribunais de determinadas organizações internacionais. Cabe mencionar, que o art. 38 do ECIJ, compreende a jurisprudência como um meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Sendo um meio auxiliar, pois este não é uma fonte do direito, visto que essa não nasce do direito, mas somente sua interpretação, logo ela é apenas um meio de determinação do direito, não sendo uma fonte.

Esta, não se enquadra como uma fonte do direito, pois ela não cria o direito, ela somente o interpreta através das decisões reiteradas no mesmo sentido. Visto, que ela é uma sequência de entendimento no mesmo sentido, nada mais é do que a afirmação de um direito preexistente, ou seja, sua expressão.

Todavia, devido sua dificuldade de criar o direito, isso não retira a sua validade com um meio auxiliar para ajudar na determinação das regras de direito, desta maneira ela favorece a criação de novos direitos com o passar dos anos, além disso criar novas regras costumeiras internacionais. Conseqüentemente, essa possui um fator de fomento na criação do direito objetivo, originando desta maneira diversas normas internacionais vindas dos precedentes jurisprudenciais.

Por último, entende-se que as decisões da CIJ servem como uma espécie de auxílio na implementação de regras do direito, sendo essas investidas da mais alta autoridade no plano internacional. Desta forma o ECIJ admite utiliza-la como um meio auxiliar para a determinação de regras de direito, sob a previsão do art. 59 de seu Estatuto.

Diante do art. 38, §1º, alínea d do ECIJ, é previsto uma série de doutrinas que sejam qualificadas no âmbito do Direito internacional, doutrinas essas, que são provenientes dos grandes publicistas ou atores individuais de renome internacional, a expressão doutrina dos juristas mais qualificados, deve ser entendido como abrangendo outras entidades que doutrinam como as sociedades eruditas ou associações científicas, que visam o progresso do Direito Internacional.

Entende-se então, que não se vislumbra na doutrina qualquer carga de normatividade capaz de obrigar os Estados ao cumprimento daquilo que ela estabelece ainda que seja inegável que a opinião de certos jurisconsultos é tão respeitável que passa a ser capaz de mudar os rumos de um julgamento internacional.

Por fim, pode se dizer que a doutrina pode não ser vista como uma fonte do direito internacional, justamente por não ter capacidade de criar um direito concreto, desta forma passa a ser uma meio indispensável para consulta da CIJ, para que em algum julgamento os tribunais encarregados possam decidir de maneira condizente ao Direito Internacional.

2.5 Os atos unilaterais como fontes do DIP

Uma análise breve permite perceber que os atos unilaterais estão em diversos momentos presentes na vida internacional, possuindo forma, conteúdo e objetivos múltiplos, constituem um fenômeno consentâneo com a estrutura e funcionamento da sociedade internacional, em processo de progressiva institucionalização.

Ilustram bem a questão dos atos unilaterais dos estados os casos do Estatuto Jurídico da Groenlândia Oriental (CPJI, 1933), e dos Testes Nucleares (CIJ, 1974), dentre outros.

Accioly, Silva e Casella (2012) analisam o caso do Estatuto Jurídico da Groenlândia Oriental e apontam o seguinte:

(...) a Dinamarca, em oposição à pretensão norueguesa de ocupar a faixa costeira do litoral oriental da Groenlândia, argumenta a soberania exercida de longa data e manifestada de diversos modos, inclusive com expressa aceitação em declaração do ministro norueguês Ihlen, em 22 de julho de 1919. Tendo a Noruega interesse em consolidar sua posição de soberana em relação ao arquipélago do Spitzberg, em abril de 1919, obtém esse país declaração do governo dinamarquês no sentido de que este não manifestaria objeção nem se oporia às aspirações norueguesas, a ponto de a Dinamarca não ter no Spitzberg qualquer interesse conflitante com a Noruega. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p.199)

Em memorando de 1921, retoma-se a aceitação da soberania dinamarquesa sobre o território da Groenlândia manifestada por declaração verbal do Ministro das Relações Exteriores da Noruega, Sr. Ihlen, solicitando sua versão escrita.

Tendo em vista a disputa sobre a faixa de território, a Dinamarca invocou a declaração de Ihlen para poder contestar a pretensão norueguesa diante da CPJI, afirmando que teria se verificado o reconhecimento da soberania dinamarquesa sobre a Groenlândia.

Na sua decisão, a Corte Permanente de Justiça Internacional deduziu o que considerava ser o caráter incondicional e definitivo dessa declaração:

decorre do compromisso, implicado dos termos da declaração do Ministro Ihlen, de 22 de julho de 1919, encontrar-se a Noruega na obrigação de não contestar a soberania dinamarquesa sobre o conjunto da Groenlândia, e, *a fortiori*, de abster-se de ocupar parte da Groelândia. (CPJI, 1933, par.75. Tradução Nossa)

Pode-se entender que o ato unilateral norueguês, ainda que verbal, teve o condão de vincular o Estado diante da controvérsia que se desenrolava na CPJI e produzindo efeitos normativos nas relações entre os sujeitos do direito internacional.

3. A EQUIDADE ENQUANTO FONTE DO DIP

Produzindo divergências na doutrina, o artigo 38.2 estabelece que “a presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem” (ECIJ, 1945), indicando que a CIJ pode produzir decisões com base em critérios de justiça.

A expressão latina “*ex aequo et bono*” pode ser traduzida como “conforme o correto e válido” e pode ser entendida como inserção da equidade como fonte do Direito Internacional, produzindo uma série de questionamentos quanto a sua extensão e conteúdos, bem como em relação às suas aplicações práticas pela possibilidade de se basear em fundamentos não jurídicos (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012).

E tal questão da equidade enquanto fonte do direito internacional até hoje não foi pacificada na doutrina, visto que a Corte Internacional de Justiça ainda não foi demandada a decidir *ex aequo et bono* em nenhum caso, apesar de se referir à equidade em várias de suas decisões.

Segundo Ian Brownlie (1997),

Em rigor, a equidade não pode ser considerada uma fonte de Direito; mas pode, no entanto, constituir um fator importante no processo de decisão. A equidade pode desempenhar um papel indispensável complementando o Direito, ou pode surgir discretamente como parte do raciocínio judicial. (BROWNLIE, 1997, p.37)

Para o autor (1997), a equidade não poderia ser vista como fonte do direito internacional, apesar da disposição do artigo 38.2 do ECIJ, mas sim como juízo de justiça complementar à análise realizada pelos juízes.

No mesmo sentido preceitua Mazzuoli (2019):

Frise-se que a expressão *ex aequo et bono* utilizada pelo ECIJ quer se referir exatamente ao conceito de equidade acima exposto, tal como empregado desde suas origens no Direito Romano e definida por Ulpiano: *suum*

cuique tribuere. Porém, essa noção de equidade é distinta da *equity* do direito inglês, no qual a mesma é aplicada em decorrência da função judicial normal. Contudo, não é propriamente a equidade que vai preencher a falta de previsão legal num determinado caso concreto, pois ela é método e não a norma substantiva propriamente dita. Daí não se poder tê-la como fonte formal do Direito Internacional Público, senão como forma de aplicação desse Direito pelas cortes e instâncias internacionais. (MAZZUOLI, 2019, p.184)

Accioly, Silva e Casella (2012) divergem de Mazzuoli (2019) e entendem que a equidade é fonte do direito, mas dele se aproximam ao conferir a ela uma função integradora do direito.

Dentre as fontes do direito internacional, a equidade suscita ao mesmo tempo as maiores indagações, quanto à sua extensão e conteúdo possíveis, como em relação às suas aplicações práticas. Não obstante seja apontada como “conceito abstrato” ou de escassa utilização prática, não se pode negligenciar o seu conteúdo e sua dimensão, como elemento essencial, para a determinação do conteúdo jurídico, ante a ausência ou inocorrência de manifestações, provenientes de outras fontes do direito internacional. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 186-187)

A equidade é invocada em diversas convenções internacionais que tratam sobre direito do mar, meio-ambiente, direito comercial, etc. (THIRLWAY, 2019), mas ainda persiste a dúvida sobre se está se enquadraria como norma costumeira, como princípio geral de direito ou se seria propriamente fonte do direito internacional.

O que pode-se depreender da disposição do artigo 38.2 do ECIJ, quando se refere à equidade como decisão *ex aequo et bono* é que a hipótese da sua utilização é excepcional e dependente de manifestação expressa das partes envolvidas no conflito. Entretanto a Corte, em várias hipóteses afirma se valer da equidade em casos nos quais não foi autorizada a decidir *ex aequo et bono*, como veremos posteriormente, o que torna mais confusos os limites do julgamento por equidade no Direito Internacional.

4. OS LIMITES DO JULGAMENTO POR EQUIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

Como já visto anteriormente, a equidade está muito presente no Direito Internacional, sendo mencionada em diversas convenções internacionais, entendida como

princípio geral de direito, ou como mecanismo interpretativo por vários autores e como fonte do DIP por outros.

Dessa forma, ela tem sido utilizada pela Corte Internacional de Justiça em vários julgamentos, que herdou o mandato de sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional.

A sua utilização como fundamento de algumas decisões da CIJ contribui para a compreensão que aqui se desenvolve sobre os limites do julgamento por equidade. Estes podem ser classificados em: [i] limites quanto aos fundamentos da decisão; [ii] limites quanto à conformidade com o Direito Internacional; e [iii] limites quanto aos efeitos da decisão.

[i] Um debate primordial quando se discute o juízo de equidade pela CIJ diz respeito aos fundamentos da decisão: se o que fundamenta o julgamento por equidade se limita ao campo do direito/ jurídico ou se é possível decidir com base em disposições e mandamentos não-jurídicos (morais, sociais, econômicos, etc.). Allain Pellet (2012) aborda a controvérsia:

Há um amplo consenso entre os comentaristas de que ‘em um caso em que as partes estejam acordadas de que [a Corte] pode decidir *ex aequo et bono*, a disposição do Estatuto aparenta permitir que a Corte saia do âmbito da lei para chegar à sua decisão. Ele alivia a Corte da necessidade de decidir de acordo com a lei’. Isto é dificilmente discutível: de acordo com o princípio *ut res magis valeat quam pereat*, ao Art. 38, parágrafo 2, deve ser dado algum significado a fim de não ‘ser desprovido de propósito ou efeito’. (PELLET, 2012, p.523. Tradução Nossa)⁸

De acordo com Pellet (2012), a disposição do ECIJ traz o entendimento geral de que caberia à Corte decidir através do que achasse correto e justo no momento. Logo, poderia se utilizar de critérios distintos dos legais para se alcançar uma decisão justa. Todavia, tal capacidade jurisdicional nunca foi acionada plenamente, justamente por nenhum Estado ter conferido autorização ao Tribunal para decidir *ex aequo et bono*.

Complementa Thirlway (2019) que embora o artigo 38.2 do Estatuto da CIJ preveja uma decisão proferida judicialmente, esta, por definição, não seria legal, por não se basear

⁸ O princípio do *Ut Res Magis Valeat Quam Pereat* orienta o juízo, no caso de conflito ou incerteza, a interpretar a provisão normativa de modo a lhe conferir efeito ao invés de entendê-la como inválida; ou seja, interpretar uma norma de modo a torná-la válida.

na lei, e, em nenhum sentido, portanto, poderia, a equidade, ser considerada uma fonte de direito internacional.

O parágrafo 2º do artigo 38 do ECIJ oferece às partes de uma controvérsia a opção de aumentar a margem decisória da Corte, lhe dando poder discricionário de buscar fora das normas do direito internacional (sejam elas convenções, costumes ou princípios gerais) os fundamentos para uma decisão justa.

No entanto, a utilização de fundamentos não-jurídicos requer a atenção da Corte para alguns critérios (PELLET, 2012, p.524-525):

- Discricionariedade não autoriza arbitrariedade. A decisão deve ser fundamentada, não deve fugir da função judicial da Corte e não pode contrariar normas *jus cogens*, que representam os valores estruturais do sistema internacional;
- Uma decisão *ex aequo et bono* não proíbe a utilização pela Corte de normas do Direito Internacional para fundamentar sua decisão, somente não a obriga a seguir as provisões contidas no artigo 38.1.

[ii] A questão dos limites do julgamento por equidade em relação à sua conformidade com o direito internacional se relaciona intimamente com o debate anterior e pode ser traduzida na seguinte questão: a CIJ é capaz de proferir decisões que se contraponham às disposições normativas do direito internacional?

A resposta, nesse caso, é hipoteticamente positiva, segundo a própria Corte em sua decisão no Caso de Disputa de Fronteira entre Burkina Faso e Mali⁹.

O caso de Disputa de Fronteira, como a maioria dos casos envolvendo disputas de fronteiras terrestres, envolvia determinar a posição de um limite que, em algum momento, tinha sido criado (por acordo, ou no caso de países ex-colonizados, por decisão administrativa). A menos que o limite fosse determinado *ex aequo et bono*, considerações de justiça - equidade em um sentido amplo - não tinham nenhum papel a desempenhar. Mali, no entanto, pediu ao Tribunal que aplicasse 'aquela forma de equidade que é inseparável da aplicação do direito internacional'. (THIRLWAY, 2019, p.120. Tradução Nossa)

⁹ Para detalhes do caso, ver: <https://www.icj-cij.org/en/case/69>. Acesso em 15 dez. 2020.

Para responder ao pedido do Mali o Tribunal estabeleceu três tipos de juízo de equidade: *contra legem* (contrário à lei); *praeter legem* (complementar à lei); e *infra legem* (dentro da lei).

O primeiro tipo de juízo poderia equivaler a uma decisão *ex aequo et bono*, que não necessariamente resultaria em uma sentença *contra legem*, mas que não está restrita à aplicação das normas de Direito Internacional. O juízo *praeter legem* não foi especificado pela Corte na ocasião. E o juízo *infra legem*, utilizado no caso, constituiria a equidade como método de interpretação da lei – “não trata-se apenas de uma simples busca por uma solução equitativa, mas sim por uma solução equitativa oriunda das leis aplicáveis” (CIJ, 1974)¹⁰.

O que a Corte faz é praticamente afirmar que existiriam dois tipos de julgamento por equidade: o julgamento *ex aequo et bono*, que demanda manifestação de vontade expressa das partes envolvidas na controvérsia e pode levar à decisão *contra legem*; e o julgamento equitativo *praeter legem* ou *infra legem* que promove uma interpretação do direito buscando uma solução orientada por critérios de justiça.

Sobre a hipótese primeira, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no Caso Zonas Livres de Alto Savoy e o Distrito de Gex (segunda fase)¹¹ apontou que

mesmo assumindo que não era incompatível com o Estatuto da Corte que as partes dessem o poder a ela de prescrever um acordo que desrespeite os direitos por ela reconhecidos e levando em conta considerações de pura conveniência apenas, tal poder, que seria de um caráter absolutamente excepcional, somente poderia ser derivado de uma disposição clara e explícita para esse efeito. (CPJI, 1930, p.10. Tradução Nossa)

Ressalta a CPJI a possibilidade de decisão *contra legem* realizada por ela em caráter excepcional e mediante previsão expressa, conforme constava no artigo 38.4 do Estatuto da Corte (1920) que posteriormente seria transformado em parágrafo 2º do artigo 38 do ECIJ.

Em relação ao segundo tipo de julgamento por equidade a ser realizado pelas cortes internacionais há diversas manifestações que nos ajudam a compreender seus usos. O juiz

¹⁰ Caso de Jurisdição Pesqueira entre República Federal da Alemanha e Islândia. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/56>. Acesso em 15 dez. 2020.

¹¹ Caso Zonas Livres de Alta Savoy e o Distrito de Gex (segunda fase). Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_24/78_Zones_franches_Haute_Savoie_et_Pays_de_Gex_2e_phase_Ordonnance_19301206.pdf. Acesso em 16 dez. 2020.

Hudson, no Caso do Desvio de Água do Rio Meuse, na CPJI (1937)¹², entre Holanda e Bélgica afirmou que

O que é amplamente conhecido como princípios de equidade há muito tempo tem sido considerado como parte do direito internacional e, como tal, tem sido frequentemente aplicado por tribunais internacionais. (...) O reconhecimento da equidade pela Corte como parte do direito internacional não é de forma alguma restrito ao poder especial que lhe é conferido ‘para decidir um caso *ex æquo et bono*, se as partes concordarem com isso’. (...) Deve-se concluir, portanto, que nos termos do artigo 38 do Estatuto, se não independentemente desse artigo, o Tribunal tem alguma liberdade para considerar os princípios de equidade como parte do direito internacional que ele deve aplicar. (CPJI; HUDSON, 1937, p.76-77. Tradução Nossa)

O Juiz Hudson, no caso em discussão afirmou de forma bastante clara a possibilidade da Corte atuar se utilizando da equidade para além da hipótese de decisão *ex æquo et bono*, e que se conformaria como a realização de um julgamento interpretativo dos princípios e disposições do direito internacional, ou seja, *infra legem* (SHAW, 2017).

Se utilizando da mesma compreensão, a Corte Internacional de Justiça, no Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (1969)¹³, se valeu da equidade para encontrar uma solução para a divisão da área da Plataforma Continental entre República Federal da Alemanha, Holanda e Dinamarca.

Decidindo pela utilização de critério diverso da equidistância para a divisão da área da Plataforma Continental, a Corte disse que “Equidade não necessariamente implica igualdade” (CIJ, 1969, p.49), identificando que a produção de uma divisão que tivesse como base uma linha equidistante entre os países levaria a um resultado injusto.

A Corte chega agora à regra da equidade. A base jurídica para esta regra no caso particular da delimitação da plataforma continental entre Estados vizinhos já foi esclarecida. Deve-se notar, entretanto, que esta regra também tem uma base mais ampla. Qualquer que seja o raciocínio jurídico do juiz, suas decisões devem, por definição, ser justas e, portanto, neste sentido, equitativas. Entretanto, quando falamos do juiz que dispensa a justiça ou diz a lei, é uma questão de justificação objetiva de suas decisões

¹² Caso do Desvio de Água do Rio Meuse. Voto do Juiz Hudson. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_70/06_Meuse_Opinion_Hudson.pdf. Acesso em 20 dez. 2020.

¹³ Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/52>. Acesso em 20 dez. 2020.

não além dos textos, mas de acordo com os textos, e nesta área é precisamente uma regra de direito que exige a aplicação de princípios de equidade. (CIJ, 1969, p.48. Tradução Nossa)

Segundo a CIJ, a decisão em análise não extrapolou os contornos do direito internacional, mas promoveu um ‘reenvio’ à equidade, realizando uma interpretação do direito e das normas afim de obedecer aos critérios de justiça.

A equidade *infra legem* também tem sido utilizada pela CIJ para a determinação de *quantum* indenizatório em diversas ocasiões, como no Caso do Canal de Corfu (1949)¹⁴ ou no Caso Diallo (2012)¹⁵.

No caso Diallo (2012, p.334), a Corte dispôs que “a quantificação da indenização por danos imateriais repousa necessariamente em considerações equitativas” e citou a jurisprudência dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos que caminham no mesmo sentido (CIJ, 2012, p.335)¹⁶.

Em relação à tese da equidade *praeter legem*, ela foi invocada pela Bélgica no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (1962)¹⁷, em seu memorial inicial, buscando estender a proteção diplomática aos acionistas da empresa que teve seus direitos violados pelo Estado espanhol com base em considerações de equidade (THIRLWAY, 2019). A Bélgica pretendia com esta tese levar a Corte à realizar uma interpretação que preenchesse a lacuna normativa internacional que não dispõe sobre a proteção diplomática nesse caso de pessoas jurídicas.

A Corte entendeu, em seu julgamento, que há separação entre a pessoa jurídica e os acionistas – pessoas físicas - e que se a violação aos direitos da empresa tivesse sido praticada pelo Estado de ‘nacionalidade’ - em que se localiza sua sede -, haveria a possibilidade de se estender a proteção diplomática aos acionistas, mas que esse não seria o caso (CIJ, 1970).

¹⁴ Caso do Canal de Corfu. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/1>. Acesso em 20 dez. 2020.

¹⁵ Caso Diallo. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/103>. Acesso em 20 dez. 2020.

¹⁶ A Corte cita: a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no caso Kenneth Good v. República de Botswana, de 2010. Disponível em: <https://www.achpr.org/sessions/descions?id=195>. Acesso em 20 dez. 2020; a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Al-Jedda v. Reino Unido, de 2011. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-105612%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-105612%22]%7D). Acesso em 20 dez. 2020; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Cantoral Benavides v. Peru, de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf. Acesso em 20 dez. 2020.

¹⁷ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Memorial inicial da Bélgica. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/9324.pdf>. Acesso em 20 dez. 2020.

[iii] Por fim, a limitação quanto aos efeitos do julgamento por equidade nos leva à regra constante dos artigos 59 e 60 do ECIJ.

Artigo 59. A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.

Artigo 60. A sentença é definitiva e inapelável. Em caso de controvérsia quanto ao sentido e ao alcance da sentença, caberá à Corte interpretá-la a pedido de qualquer das partes. (ECIJ, 1945)

A decisão da Corte que se utilizar da equidade como fundamento segue a regra geral de ser obrigatória e produzir efeito somente entre as partes. No entanto, surge uma limitação quanto ao uso da decisão enquanto jurisprudência, como “meio auxiliar para determinação das regras de direito” (ECIJ, 1945, art.38).

A decisão como um todo poderá ser utilizada como meio auxiliar e os raciocínios jurídicos nela desenvolvidos, mas o resultado diretamente derivado do uso da equidade dificilmente poderá ser usado, visto não ter as regras de direito como fundamento, e depender de uma análise casuística para sua definição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que as fontes do Direito Internacional, podem ser entendidas como diligências que aplicam dentro do sistema legal no plano técnico, e excluem-se as fontes últimas como razão ou moralidade, bem como as fontes mais funcionais como bibliotecas e periódicos. No que se refere as fontes do Direito Internacional, entende-se que seria as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito. Enquanto as decisões judiciais e a doutrina dos juristas seriam os meios auxiliares.

No que se refere a jurisprudência, esta não seria fonte do direito, justamente por não cria direito, apenas interpreta por meio de decisões reiteradas. No caso da doutrina também é um pouco similar ao da jurisprudência, tendo em vista que não é fonte do direito, isso ocorre pois não consegue criar direito concreto, sendo somente uma consulta para julgamentos. Enquanto a equidade, não sendo pacificada na doutrina como uma fonte do DIP, age como decisão *ex aequo et bono*, justamente por se enquadrar na hipótese de utilização excepcional, se tornando dependente de manifestação expressa das partes envolvidas no conflito.

Conclui-se que julgamento por equidade pode ser dividido em três pontos principais, [i] limites quanto aos fundamentos da decisão; [ii] limites quanto à conformidade com o Direito Internacional; e [iii] limites quanto aos efeitos da decisão.

Acerca dos limites quanto aos fundamentos da decisão, entende-se que ECIJ traz o entendimento geral de que caberia à Corte decidir através do que achasse correto e justo no momento. Logo, poderia se utilizar de critérios distintos dos legais para se alcançar uma decisão justa. Insta salientar seria necessário preencher alguns requisitos, como, o fato de que a decisão deve ser fundamentada, não deve fugir da função judicial da Corte e não pode contrariar normas *jus cogens*, que representam os valores estruturais do sistema internacional; e que uma decisão *ex aequo et bono* não proíbe a utilização pela Corte de normas do Direito Internacional para fundamentar sua decisão, somente não a obriga a seguir as provisões contidas no artigo 38.1.

No que se refere aos limites quanto à conformidade com o Direito Internacional, entende-se, que existem três tipos de juízo de equidade, *contra legem* (contrário à lei); *praeter legem* (complementar à lei); e *infra legem* (dentro da lei).

O primeiro tipo de juízo poderia equivaler a uma decisão *ex aequo et bono*, que não necessariamente resultaria em uma sentença *contra legem*, mas que não está restrita à aplicação das normas de Direito Internacional. O juízo *praeter legem* não foi especificado pela Corte na ocasião. E o juízo *infra legem*, utilizado no caso, constituiria a equidade como método de interpretação da lei. Em relação ao segundo tipo de julgamento por equidade a ser realizado pelas cortes internacionais, entende-se que existe a possibilidade da Corte atuar se utilizando da equidade para além da hipótese de decisão *ex aequo et bono*, e que se conformaria como a realização de um julgamento interpretativo dos princípios e disposições do direito internacional, ou seja, *infra legem*. Em relação à tese da equidade *praeter legem*, ela foi invocada pela Bélgica no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (1962), em seu memorial inicial, buscando estender a proteção diplomática aos acionistas da empresa que teve seus direitos violados pelo Estado espanhol com base em considerações de equidade. A Corte entendeu, em seu julgamento, que há separação entre a pessoa jurídica e os acionistas – pessoas físicas - e que se a violação aos direitos da empresa tivesse sido praticada pelo Estado de ‘nacionalidade’ - em que se localiza sua sede -, haveria a possibilidade de se estender a proteção diplomática aos acionistas, mas que esse não seria o caso

Por fim, o último limite do julgamento por equidade traz a ideia de que, a decisão como um todo poderá ser utilizada como meio auxiliar e os raciocínios jurídicos nela desenvolvidos, mas o resultado diretamente derivado do uso da equidade dificilmente poderá ser usado, visto não ter as regras de direito como fundamento, e depender de uma análise casuística para sua definição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANGHIE, Antony. Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Modernidade/Colonialidade sem “Imperialidade”? O Elo Perdido do Giro Descolonial. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.60, n.02, 2017, pp. 505-540.

BROWNLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BULL, Hedley. The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics. 3ª ed.. Nova Iorque: Palgrave, 2002.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Keneth Good v. República de Botswana. Banjul: OUA, 2010. Disponível em: <https://www.achpr.org/sessions/descions?id=195>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Al-Jedda v Reino Unido. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2011. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-105612%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-105612%22]%7D). Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cantoral Benavides v. Peru. São José da Costa Rica: OEA, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reino Unido e Irlanda do Norte v. Albânia. Canal de Corfu. Haia: CIJ, 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/1>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Haia: CIJ, 1951. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em 10 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. República Federal da Alemanha v. Holanda/Dinamarca. Plataforma Continental do Mar do Norte. Haia: CIJ, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/52>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Bélgica v. Espanha. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Memorial Inicial da Bélgica. Haia: CIJ, 1962. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/9324.pdf>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Bélgica v. Espanha. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Haia: CIJ, 1962. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Austrália v. França. Testes Nucleares. Haia: CIJ, 1974. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/58>. Acesso em 11 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. República Federal da Alemanha v. Islândia. Jurisdição Pesqueira. Haia: CIJ, 1974. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/56>. Acesso em 15 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Burkina Faso v. Mali. Disputa de Fronteira. Haia: CIJ, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/69>. Acesso em 15 dez. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. República da Guiné v. República Democrática do Congo. Ahmadou Sadio Diallo. Haia: CIJ, 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/103>. Acesso em 20 dez. 2020.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. França v. Suíça. Zonas Livres de Alta Savoy e Distrito de Gex (Segunda Fase). Publications of the Permanent Court of International Justice Series A, N. 24. Leyden: A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1930. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_24/78_Zones_franches_Haute_Savoie_et_Pays_de_Gex_2e_phase_Ordonnance_19301206.pdf. Acesso em 16 dez. 2020.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Dinamarca v. Noruega. Estatuto Jurídico da Groenlândia Oriental. Publications of the Permanent Court of International Justice Series A./B., N. 53. Leyden: A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1933. Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05_greenland.htm. Acesso em 11 dez. 2020.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Holanda v. Bélgica. Desvio de Águas do Rio Meuse. Voto do Juiz Hudson. Publications of the Permanent Court of International Justice Series A./B., N. 70. Leyden: A.W. Sijthoff's Publishing Company,

1937. Disponível em: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_70/06_Meuse_Opinion_Hudson.pdf. Acesso em 20 dez. 2020.

DUARTE, Mônica. Uma Definição de *Jus Cogens* para Casos de Violações de Direitos Humanos: Um Estudo a partir das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2016. 390p.

GÓMEZ ROBLEDO, Antônio. Fundadores del derecho internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

LIGA DAS NAÇÕES. Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Genebra: Liga das Nações, 1920. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>. Acesso em 20 dez. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ONU. Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. São Francisco: ONU, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 06 dez. 2020.

ONU. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (A/CONF.129/1986/WP.2). Viena: ONU, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 10 dez. 2020.

ONU. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (A/CONF.129/15). Viena: ONU, 1986. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/185972?ln=en>. Acesso em 10 dez. 2020.

ONU. Assembleia Geral. Resolução sobre Identificação do Direito Internacional Costumeiro (A/RES/73/203). Nova Iorque: ONU, 2018. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/1660343?ln=en>. Acesso em 10 dez. 2020.

PELLET, Alain. Commentary to Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J.. The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RATKIEWICZ, Ana Carolina Machado; RIBEIRO JUNIOR, Airton. A Construção de um Novo Paradigma de Ordem Jurídica Internacional e a (In)viabilidade do Uso de Reservas nos Tratados de Direitos Humanos. In: VAL, Eduardo Manuel; GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coords.). Direito Internacional dos Direitos Humanos. Florianópolis: FUNJAB, 2012. pp.184–210. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5494061987649502>. Acesso em 10 dez. 2020.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. Precedent in the World Court. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, N. 13. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SHAW, Malcolm N.. International Law. 8th ed.. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

THIRLWAY, Hugh. The Sources of International Law. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2019.