

Coordenação

Arno Dal Ri Júnior

Paolo Palchetti

Lucas Carlos Lima

ANAIS

*Congresso de Direito Internacional*

**Os Desafios do “*Barreau Invisible*”:  
a contribuição dos Conselheiros Jurídicos  
dos Estados à consolidação da  
Corte Internacional de Justiça**

Editora Fundação José Boiteux  
ISBN 978-85-7840-139-9

Florianópolis, junho de 2013.

*Congresso de Direito Internacional*

# OS DESAFIOS DO “BARREAU INVISIBLE”

**A contribuição dos Conselheiros  
Jurídicos dos Estados à consolidação da  
Corte Internacional de Justiça**

ALAIN PELLET | LUIGI CONDORELLI | FRANCISCO REZEK  
PAOLO PALCHETTI | JORGE FONTOURA | ARNO DAL RI JR.  
SUSANA BORRÀS | LEONARDO NEMER | LARISSA RAMINA  
TATYANA FRIEDERICH | CRISTIANE DERANI | ANDRÉ LUPI

**10 a 12 de Junho de 2013**

Auditório do Centro de Ciências Jurídicas – UFSC

Inscrições, Informações e Cronograma:  
[www.iusgentium.ufsc.br](http://www.iusgentium.ufsc.br)



## Sumário

---

<b><u>APRESENTAÇÃO</u></b>	p. 06
<b><u>ORGANIZAÇÃO</u></b>	p. 07
<b><u>PROGRAMAÇÃO DO EVENTO</u></b>	p. 08
<b><u>CONFERÊNCIAS</u></b>	
A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A SUA JURISPRUDÊNCIA: O PONTO DE VISTA DE UM ADVOGADO Luigi Condorelli	p. 11
A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA SOB O OLHAR DE UM JUIZ E UM ADVOGADO: PERSPECTIVAS FUTURAS E REFLEXÕES INSTITUCIONAIS Alain Pellet	p. 19
AMPLIAR O ACESSO À CORTE: NOVOS ESTADOS E NOVOS ATORES Paolo Palchetti	p. 35
O ALCANCE DO CONSENTIMENTO COMO FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA SENTENÇA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA Leonardo Nemer Caldeira Brant	p. 44
<b><u>COMUNICAÇÕES ACADÊMICAS</u></b>	
TRIBUNAL DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: DISCIPLINA DA OMC Renata Vargas Amaral	p. 70
DESAFIOS DO CASO DA <i>PULVERIZAÇÃO DE HERBICIDAS</i> NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA Patrícia Grazziotin Noschang	p. 82
O MECANISMO DO PROTOCOLO DE QUIOTO PARA LIDAR COM SEU DESCUMPRIMENTO: PARA ALÉM DE JURISDIÇÕES E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO Ernesto Roessing Neto	p. 91



(IM) POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA EM  
MATÉRIA CRIMINAL – DESAFIOS DA FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL  
Cássio Eduardo Zen p. 103

A VALIDADE JURÍDICA DA OPERAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONGO: UMA  
RELEITURA DO PARECER CONSULTIVO DE 1961 DA CORTE INTERNACIONAL DE  
JUSTIÇA  
Javier Rodrigo Maidana p. 120

ENTRE CAUTELA E FANTASMAS: O PROBLEMA DO USO DE EXPERTS NA CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA  
Lucas Carlos Lima p. 135

A NACIONALIDADE E O CRITÉRIO DA EFETIVIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL A  
PARTIR DO CASO *NOTTEBOHM*  
Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi p. 145

O FUMUS BONI JURIS COMO NOVO REQUISITO PARA A INDICAÇÃO DE MEDIDAS  
CAUTELARES?  
Patrícia Fernanda Scalco p. 158

O CASO LAGRAND E O SISTEMA FEDERADO ESTADUNIDENSE: A UTILIZAÇÃO DE  
UMA “NOVA LINGUAGEM” NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA  
Cristina De Carli Hall p. 170

A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: A ILUSÃO DA CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*  
Patrícia Kotzias p. 190

TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO: MONISMO, DUALISMO E  
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS  
Arthur Rodrigues Dalmarco p. 203

DA FORÇA DO RESPALDO JURÍDICO À FORÇA DE INDEPENDÊNCIA DE UM PAÍS: A  
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O SAARA OCIDENTAL  
Adriano Smolarek p. 213

QUESTÕES ACERCA DA CÂMARA ESPECIAL PARA QUESTÕES AMBIENTAIS  
Mariana Clara de Andrade p. 226



BREVE INTRODUÇÃO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AO  
CASO ARAGUAIA

Gabriela Natacha Bechara p. 240

A OPINIÃO CONSULTIVA DE KOSOVO E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA AO DEBATE SOBRE SURGIMENTO DE ESTADOS

Gustavo Carnesella p. 250

O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* NA  
JURISPRUDÊNCIA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Giulia Manccini Pinheiro p. 266

NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL ANTE A CORTE  
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Eduardo Motta de Moraes p. 284

RESERVAS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Jeison Cristian Pacheco p. 297

O INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS EM FACE À  
CONVENÇÃO DE 2004 DAS NAÇÕES UNIDAS E A DECISÃO DO CASO IMUNIDADES  
DO ESTADO

Thayse Göedert Pauli p. 308

O DEBATE DA DOCTRINA SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE A ENTREGA PREVISTA  
NO ESTATUTO DE ROMA E AS VEDAÇÕES À EXTRADIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO  
BRASILEIRA

Bruno Arthur Hochheim p. 320



## **Apresentação**

É com imensa satisfação que apresentamos os Anais de mais um Congresso de Direito Internacional da Universidade Federal de Santa Catarina, realizado entre os dias 10 a 12 de junho de 2013. Neste ano, o tema abordado foi "Os desafios do *'Barreau Invisible'*: a contribuição dos Conselheiros Jurídicos dos Estados à Consolidação da Corte Internacional de Justiça", trabalhando uma vasta gama de assuntos que circunscrevem a temática da Corte e os recentes desafios daqueles que nela atuam de maneira direta ou indireta.

Aprofundando a produção internacionalista da Universidade Federal de Santa Catarina, os artigos aqui presentes refletem as discussões e perspectivas teóricas desenvolvidas no seio do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional, bem como de uma rede de pesquisadores que dialogam num nível acadêmico de excelência, que permite um aprimoramento das pesquisas individuais, bem como a produção de um conhecimento diferenciado em esfera nacional e internacional.

O evento reuniu pesquisadores de diversas instituições europeias e brasileiras, alguns dos quais produziram textos especialmente para este volume dos Anais. Deve-se salientar, de igual maneira, a presença das comunicações acadêmicas apresentadas por doutorandos, mestrandos e graduandos que, numa tradição desenvolvida no seio da UFSC, permite apresentarem seus primeiros trabalhos no escopo de estimular a produção de conhecimento e oportunizar um espaço de debate de ideias sem restrições.

Alguns agradecimentos pontuais devem ser efetuados. Em primeiro lugar, a todos os conferencistas que se dispuseram a participar deste evento contribuindo com os debates e o manancial teórico produzido nos mais de 200 estudantes que participaram do evento. Um especial agradecimento deve ser igualmente realizado à equipe de organização composta pelos membros do Grupo *Ius Gentium*, que ao longo dos três dias de evento trabalharem de maneira incessante para o seu inegável êxito. Por fim, devem ser igualmente agradecidos o Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior que possibilitaram a realização do congresso e desta publicação.

Ilha de Santa Catarina, junho de 2013.

Os Organizadores



## **Organização**

---

### Organização dos Anais:

Arno Dal Ri Júnior  
Paolo Palchetti  
Lucas Carlos Lima

### Equipe Organizadora do Evento:

Arno Dal Ri Júnior (Coord.)  
Arthur Rodrigues Dalmarco  
Chiara Antonia Sofia Mafrika Biazi  
Cristina De Carli Hall  
Eduardo Motta de Moraes  
Fernanda Ruy e Silva  
Giulia Mancini Pinheiro  
Guilherme Bedin  
Guilherme Oliveira Bastos  
Gustavo Carnesella  
Gustavo Stollmeier Matiola  
Javier Rodrigo Maidana  
Jeison Cristian Pacheco  
Keline Bronner Lopes  
Lucas Carlos Lima  
Lucas da Costa Pereira Fontoura  
Lucas Selezio de Souza  
Maria Beatriz Espíndola  
Mariana Clara de Andrade  
Paolo Palchetti  
Patrícia Fernanda Scalco  
Paulo Potiara de Alcântara Veloso  
Taciano S. Zimmermann  
Thayse Goedert Pauli

### Equipe de Tradução:

Arno Dal Ri Júnior  
Javier Rodrigo Maidana  
Lucas Carlos Lima  
Mariana Clara de Andrade

### Revisão, Diagramação e Formatação:

Arthur Rodrigues Dalmarco  
Lucas Carlos Lima



## **Programação do Evento**

### **10 de junho de 2013 - Segunda-feira**

**10h15 – Conferência de Abertura: “*Le Bareau Invisible*: novas perspectivas para a Corte Internacional de Justiça pela ótica de seus Conselheiros Jurídicos”**

Moderador: Arno Dal Ri Junior (UFSC)

**“*A Corte Internacional de Justiça e a sua Jurisprudência: o ponto de vista de um advogado.*”**

**Luigi Condorelli**

*Professor de Direito Internacional da Università degli Studi di Firenze, Professor de Direito Internacional da Universidade de Genebra, Membro de Tribunais Administrativos Internacionais e Advogado perante a Corte Internacional de Justiça*

**14h00 – Mesa Redonda: “O Acesso à Corte Internacional de Justiça: tendências contemporâneas e o caso brasileiro”**

Moderador: Luigi Condorelli (Università degli Studi di Firenze)

**“*Ampliar o acesso à Corte: novos Estados e novos atores*”**

**Paolo Palchetti**

*Professor de Direito Internacional na Universidade de Macerata e Advogado perante a Corte Internacional de Justiça*

**“*O Brasil perante a Corte de Haia: desempenho passado e perspectivas futuras.*”**

**Arno Dal Ri Júnior**

*Professor de Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina*

**16h00 – Mesa Redonda: “O Direito Internacional Clássico perante a Corte Internacional de Justiça”**

Moderador: Ricardo Stersi (UFSC)

**“*A problematização do *Ius Cogens* na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça*”**

**Tatyane Friedrich**

*Professora de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Paraná*

**“*A identificação das normas consuetudinárias na jurisprudência recente: novidade ou continuidade?*”**

**André Lipp Pinto Basto Lupi**

*Professor de Direito Internacional dos cursos de Direito e Relações Internacionais da Universidade do Vale do Itajaí*

### **11 de junho de 2013 - Terça-feira**



Ius Gentium

Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq

[www.iusgentium.ufsc.br](http://www.iusgentium.ufsc.br)



**10h30 – Mesa Redonda: “Problemas relativos à sentença da Corte Internacional de Justiça: uma verdadeira jurisprudência internacional?”**

Moderador: Luiz Otávio Pimentel (UFSC)

***“Atualidade e importância da atuação consultiva dos Tribunais Internacionais em um mundo de polaridades múltiplas”***

**Jorge Fontoura Nogueira**

*Professor Titular do Instituto Rio Branco, Itamaraty, árbitro e ex-presidente do Tribunal de Revisão do Mercosul*

***“O Consentimento como Base da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça”***

**Leonardo Nemer**

*Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais e ex-assessor perante a Corte Internacional de Justiça*

**14h30 – Mesa Redonda: “Novas tendências do Direito Internacional perante a Corte Internacional de Justiça: Direitos Humanos e Meio Ambiente”**

Moderador: Clarissa Franzoi Dri (UFSC)

***“Contribuição da Corte Internacional de Justiça ao desenvolvimento do regime jurídico dos Direitos Humanos”***

**Larissa Ramina**

*Professora de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Paraná*

***“Diálogo entre Cortes: a interação jurisprudencial entre a Corte Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”***

**Susana Borràs Pentinat**

*Professora da Universidad Rovira i Virgili (Espanha) e na Universitat Oberta de Catalunya*

**12 de junho de 2013 - Quarta-feira**

**Comunicações Acadêmicas**

**10h30 – Apresentação das Comunicações Acadêmicas:**

Mesa "Problemas relativos à Jurisdição Internacional"

Presidência da Mesa: Javier Maidana

**14h30 – Apresentação das Comunicações Acadêmicas:**

Mesa "Corte Internacional de Justiça: desafios contemporâneos"

Presidência da Mesa: Prof. Marcelo Markus Teixeira

**16:00h - Apresentação das Comunicações Acadêmicas:**

Mesa "Problemas relativos à jurisprudência recente da Corte Internacional de Justiça"

Presidência da Mesa: Prof. Nerina Boschiero



**19h00 – Conferências de Encerramento:**

**“A Corte Internacional de Justiça sob o olhar de um juiz e um advogado: perspectivas futuras e reflexões institucionais”**

**Francisco Rezek**

*Professor de Direito Internacional da UNICEUB, ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça, ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil*

**Alain Pellet**

*Professor de Direito Internacional da Université Paris Ouest, Nanterre/ La Defense, ex-Presidente da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e Advogado perante a Corte Internacional de Justiça*



## Conferência Inaugural

# A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A SUA JURISPRUDÊNCIA: O PUNTO DE VISTA DE UM ADVOGADO

Luigi Condorelli<sup>1</sup>

### Artigo 92 da Carta da Organização das Nações Unidas

“A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas”

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é “órgão principal” das Nações Unidas, sendo também um dos principais instrumentos através dos quais persegue aquilo que vem proclamado como o primeiro objetivo da ONU: ***To maintain international peace and security***. Segundo o teor do artigo 1 da Carta, adjustment or settlement of international disputes in conformity with the principles of justice and international law, faz parte integrante da manutenção da paz e da segurança internacionais.

(Art.1 Charter: *The Purposes of the United Nations are: 1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace*)

A CIJ é o principal órgão de caráter judiciário, a sua função é resolver controvérsias *secundum jus* (ou também, em teoria, *ex aequo et Bono* se as partes estão de acordo, segundo o artigo 38, 2º: algo que nunca realizou na prática).

### Article 38 Statute

**1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:**

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;**
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;**
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;**
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.**

<sup>1</sup> Luigi Condorelli é professor de Direito Internacional da Università degli Studi di Firenze e da Universidade de Genebra, É membro de Tribunais Administrativos Internacionais e advogado em diversos casos perante a Corte Internacional de Justiça. A conferência foi traduzida da língua italiana por Lucas Carlos Lima.



**2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.**

O papel da Corte voltado a regular as controvérsias internacionais em conformidade com o direito internacional contribui à manutenção da paz. Mas as controvérsias internacionais que a Corte é habilitada a resolver são somente controvérsias entre Estados:

**Article 34 – Statute of the International Court of Justice**

*1. Only states may be parties in cases before the Court....*

Tal fato exclui a utilização da Corte como meio de resolução de controvérsias (mesmo graves, mesmos aquelas cuja continuação *"is likely to endanger the maintenance of international peace and security"*, como diz o artigo 33 da Carta) que não opõem entre si Estados, mas sim outros sujeitos do direito internacional entre eles ou com Estados. A Corte está afastada do desenvolvimento do direito internacional contemporâneo: foi e permanece concebida como órgão de justiça para um direito internacional entendido como direito que regula as relações entre Estados, e entre Estados somente.

Controvérsias entre Estados, portanto. Mas não qualquer controvérsia entre Estados! Não qualquer controvérsias entre Estados membros da ONU.

Não somente os Estados são livres para servirem-se de outros tribunais para resolverem as suas controvérsias. (Article 95 Charter: *"Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future."*);

São também livres de não utilizar nenhum juiz e de buscar a solução pacífica (Art.2 par.3 Charter: *"All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered."*) através de qualquer outro meio:

**Article 33 Charter**

*"1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice."*

O princípio basilar é, portanto, aquele da "livre escolha dos meios de solução pacífica de controvérsias". A Corte não goza de qualquer primado: a Carta a insere em posição paritária a respeito a todos os outros meios. Os Estados são convidados a escolher o meio que lhes pareça mais apropriado. Ao contrário, é a negociação que goza de



prioridade. Efetivamente, é através da negociação que se pode identificar a controvérsia, isto é colocar em evidência a subsistência do "desacordo" e da oposição de uma parte ao reclamo da outra:

**Corte Internacional de Justiça , *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires*, arrêt du 10 février 2005, CIJ Recueil 2005, p. 18-19**

*24. Selon la jurisprudence constante de la Cour et de la Cour permanente de Justice internationale, un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre des parties (voir Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n°2, 1924, C.P.J.I. série A n°2, p. 11 ; Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 27 ; Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 27, par. 35 ; Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 99-100, par. 22). En outre, aux fins de déterminer s'il existe un différend juridique, la Cour doit rechercher si « la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328).*

E é sempre a negociação que pode identificar a controvérsia vez que pode resolvê-la e, se não a resolver, permite operar a escolha entre os meios de solução pacífica possível, entre os quais o "judicial settlement". É emblemático neste sentido o célebre *obiter dictum* da Corte permanente de justiça internacional de 1929 :

*«le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties; . . . dès lors, il appartient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable » (C.P.J.I. série A no 22, p. 13)*

(Whereas the judicial settlement of international disputes, with a view to which the Court has been established, is simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the Parties; as consequently it is for the Court to facilitate, so far as is compatible with its Statute, such direct and friendly settlement) *règlement direct et amiable*= direct and friendly settlement = *négotiation*.

O princípio da livre escolha implica, portanto, que a resolução judiciária venha considerado como meio idôneo para alcançar a solução de uma controvérsia somente nos limites nos quais as partes o concordaram e o consentiram.

Article 36 - Statute of the International Court of Justice

1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.
2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other state accepting the



same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

76. The Court recalls a fundamental principle that **no State may be subject to its jurisdiction without its consent**; as the Court observed in the case of *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, **the Court's "jurisdiction depends on the consent of States and, consequently, the Court may not compel a State to appear before it ..."** (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 260, para. 53). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43

65. As it recalled in its Order of 10 July 2002, **the Court has jurisdiction in respect of States only to the extent that they have consented thereto** (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002*, p. 241, para. 57).

When a compromissory clause in a treaty provides for the Court's jurisdiction, that jurisdiction exists only in respect of the parties to the treaty who are bound by that clause and within the limits set out therein (*ibid.*, p. 245, para. 71). *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6

60. **The jurisdiction of the Court is based on the consent of States, under the conditions expressed therein.** However, neither the Statute of the Court nor its Rules require that the consent of the parties which thus confers jurisdiction on the Court be expressed in any particular form (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 27).

The Statute of the Court does explicitly mention the different ways by which States may express their consent to the Court's jurisdiction. Thus, in accordance with Article 36, paragraph 1, of the Statute, such consent may result from an explicit agreement of the parties, that agreement being able to be manifested in a variety of ways. Further, States may recognize the jurisdiction of the Court by making declarations to this effect under Article 36, paragraph 2, of the Statute. 61. The Court has also interpreted Article 36, paragraph 1, of the Statute as enabling consent to be deduced from certain acts, thus accepting the possibility of *forum prorogatum*. This modality is applied when a respondent State has, through its conduct before the Court or in relation to the applicant party, acted in such a way as to have consented to the jurisdiction of the Court (*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, *Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 24).

62. **The consent allowing for the Court to assume jurisdiction must be certain. That is so, no more and no less, for jurisdiction based on *forum prorogatum*. As the Court has recently explained, whatever the basis of consent, the attitude of the respondent State must "be capable of being regarded as 'an unequivocal indication' of the desire of that State to accept the Court's jurisdiction in a 'voluntary and indisputable' manner"** (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 18; see also *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 27; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 620-621, para. 40; and



*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15, p. 24).*

For the Court to exercise jurisdiction on the basis of *forum prorogatum*, the element of consent must be either explicit or clearly to be deduced from the relevant conduct of a State (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, pp. 113-114; see also *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 30). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 177.

A esfera de jurisdição da Corte é, portanto, delimitada pelo consenso das partes na controvérsia: "the Court has jurisdiction in respect of States only to the extent that they have consented thereto".

A Corte – e esta é a lógica do sistema – deve portanto assegurar-se de possuir jurisdição para resolver uma controvérsia quando a ela for submetida, especialmente quando venham levantadas objeções à jurisdição. (Article 36, par.6, Statute: "In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court."). Quais são as consequências?

### **Basis of the Court's Jurisdiction**

The jurisdiction of the Court in contentious proceedings is based on the consent of the States to which it is open. The form in which this consent is expressed determines the manner in which a case may be brought before the Court.

#### *(a) Special agreement*

Article 36, paragraph 1, of the Statute provides that the jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it. Such cases normally come before the Court by notification to the Registry of an agreement known as a *special agreement* and concluded by the parties specially for this purpose. The subject of the dispute and the parties must be indicated (Statute, Art. 40, para. 1; Rules, Art. 39).

#### *(b) Cases provided for in treaties and conventions*

Article 36, paragraph 1, of the Statute provides also that the jurisdiction of the Court comprises all matters specially provided for in treaties and conventions in force. In such cases a matter is normally brought before the Court by means of a written *application instituting proceedings*; this is a unilateral document which must indicate the subject of the dispute and the parties (Statute, Art. 40, para. 1) and, as far as possible, specify the provision on which the applicant founds the jurisdiction of the Court (Rules, Art. 38).

A list of treaties and conventions governing the jurisdiction of the International Court of Justice in contentious cases is given in the "Treaties and Other Documents" section.

To these instruments must be added other treaties and conventions concluded earlier and conferring jurisdiction upon the *Permanent Court of International Justice*, for Article 37 of the Statute of the International Court of Justice stipulates that whenever a treaty or convention in force provides for reference of a matter



to a tribunal to have been instituted by the League of Nations, or to the *Permanent Court of International Justice*, the matter shall, as between the parties to the Statute, be referred to the International Court of Justice. The *Permanent Court* reproduced, in 1932, in its *Collection of Texts governing the Jurisdiction of the Court (P.C.I.J., Series D, No. 6*, fourth edition) and subsequently in Chapter X of its *Annual Reports (P.C.I.J., Series E, Nos. 8-16)* the relevant provisions of the instruments governing its jurisdiction. By virtue of the Article referred to above, some of these provisions now govern the jurisdiction of the International Court of Justice.

(c) *Compulsory jurisdiction in legal disputes*

The Statute provides that a State may recognize as compulsory, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in legal disputes. These cases are brought before the Court by means of written applications. The conditions on which such compulsory jurisdiction may be recognized are stated in paragraphs 2-5 of Article 36 of the Statute....

(d) *Forum prorogatum*

If a State has not recognized the jurisdiction of the Court at the time when an application instituting proceedings is filed against it, that State has the possibility of accepting such jurisdiction subsequently to enable the Court to entertain the case: the Court thus has jurisdiction as of the date of acceptance in virtue of the rule of *forum prorogatum*.

### **Estatísticas relativas à Jurisdição da Corte**

Declarações Reconhecendo a Jurisdição da Corte como Compulsória (Artigo 26.2 do Estatuto): 69. (Brasil e Itália não efetuaram tal declaração) 35,75 % de um total de 193 Estados membros. Lista de tratados e convenções regendo a jurisdição da CIJ em casos contencioso: cerca de 300 em 2003. **Nada nos últimos 10 anos?**

### **Listas de Casos Pendentes Perante a Corte (ordenados pela data de introdução)**

1. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia): **(follow-up judgement 1997)**
2. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda): **(follow-up judgement 2005)**
3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)  
application 2 July 1999
4. Maritime Dispute (Peru v. Chile): under deliberation
5. Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia): application 31 March 2008
6. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening): application 31 May 2010. Pleadings : 26 June 2013
7. Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger): **follow-up judgement 16 April 2013**
8. Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua): **application 18 November 2010**





- ☐ 9. Request for interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand): **application 28 aprile 2011, under deliberation**
- ☐ 10. Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica): **application 22.12.2011**
- ☐ 11. Proceedings instituted by Bolivia against Chile: **application 24.4.2013**

**TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACIFICAS "PACTO DE BOGOTA"04/30/48**

**16 Partes (incluindo Brasil). Denuncia El Salvador 1974/ Denuncia Colombia 27 nov 2012**

**Bolivia retira a reserva ( 10 4 2013)**

(a reserva boliviana: Declaración hecha al ratificar el Tratado)

"Asimismo, se confirma la reserva hecha por la Delegación Boliviana al firmar el Tratado Americano de Soluciones Pacificas "Pacto de Bogotá", con relación al Artículo VI, por el que "se considera que los procedimientos pacíficos pueden también aplicarse a las controversias emergentes de asuntos resueltos por arreglo de las Partes, cuando dicho arreglo afecta intereses vitales de un Estado".

\*Con fecha 15 de junio de 2011, Chile presentó una objeción a esta declaración

Objecção chilena: tratado não em vigor entre os dois:

El 31 de octubre de 2011, Bolivia presentó una nota adjunta OEA-MP-225-11 la cual contiene una "Aclaración a la objeción de la República de Chile a la reserva formulada por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia al momento de ratificar el Tratado Americano de Soluciones Pacificas o "Pacto de Bogotá".

### **Corte Penal Internacional, Roma, 17 julho de 1998**

122 países são Estados Partes do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional. Entre eles, 34 membros do grupo são Estados da África, 18 são Estados da Ásia e do Pacífico, 18 são Estados da Europa Oriental, 27 são Estados da América Latina e do Caribe, e 25 são membros do Grupo de Estados da Europa ocidental e outros Estados.

#### Artigo 119 do Estatuto de Roma

##### Settlement of disputes

1. Any dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.
  2. Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court.
- 



Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - International Centre for Settlement Of Investment Disputes (ICSID), Washington 1965:

There are currently 158 signatory States to the ICSID Convention. Of these, 149 States have also deposited their instruments of ratification, acceptance or approval of the Convention. **Article 64**

---

Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

---

**OMC: 159 Members (2 march 2013)**

---

Energy Charter Treaty (47 partes + Fed.Russa)

A sentença – a decisão (the judgement – the decision / l'arrêt – la décision): o efeito *inter partes*.

**Article 94 Charter**

**1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.**

**Article 59 Statute**

**The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.**

**Article 60 Statute**

**The judgment is final and without appeal...**

E os efeitos "*erga omnes*":

**Article 38 Statute**

**1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:**

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.**



## A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA SOB O OLHAR DE UM JUIZ E UM ADOGADO: PERSPECTIVAS FUTURAS E REFLEXÕES INSTITUCIONAIS

Alain Pellet<sup>2</sup>

*Boa noite, senhoras e senhores, prezados colegas e amigos!*

*Infelizmente, apesar da minha velha amizade para o Brasil, eu não posso falar Português...* I am afraid that I must then turn to English to tell you how happy I am to be at last among such a chosen audience among which I am happy to join my old friends Luigi Condorelli, Leonardo Brant, Paolo Palchetti or, and certainly not least, Judge Francisco Rezek with whom I am both happy and honoured to debate this evening. For all this, I am most grateful to professor Arno dal Ri, whom I heartily thank for his kind invitation – although I very much regret not to have been able to attend this whole most interesting conference.

Let me start these somewhat disorderly remarks with a small comment on one of the titles which follows my name on the programme of our meeting: “*Advogado perante a Corte Internacional de Justiça*” (advocate before the International Court of Justice)... Clearly, has has certainly been repeated during this conference, such a title does not exist. Indeed, I had many opportunities to plead before the World Court: I have appeared before it in more than 45 cases and I can accept that I am part of what is often called an “invisible bar” before the ICJ (and I refer to the very title of this conference). However, precisely, it is “invisible” or virtual and you cannot introduce yourself as “Alain Pellet, member of the ICJ bar”, as some of my colleagues can claim to be “member of the English bar” or “of the Paris bar” and, in fact, I am not even a barrister in my country... Anybody can plead before the Court, whether an advocate or not, whether a lawyer or not; the only cond is to be introduced as counsel and/or advocate in a given case by one of the States Parties (I indicate in passing that, also there is nothing compulsory here, a counsel would be somebody who will take the floor during the hearings, while counsel are all those who

---

<sup>2</sup>Professor de Direito Internacional da Université Paris Ouest, Nanterre/ La Defense; Ex Presidente da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas; e Advogado perante a Corte Internacional de Justiça.



have concurred in the preparation of the case). Therefore, I would not define myself as an "advocate before the ICJ" without some kind of qualification... say that I am a "frequent litigant" or, more informally, an "usual suspect" or, as the late Sir Ian Brownlie used to say, part of "the ICJ mafia"...

Given the title of our conference, I wished to set the record straight but, this said, I have not been asked to speak about the mafia... Professor Arno dal Ri sent me (in French) the following road-map:

- *first*, what are the prospects of resort to the Court by States or other actors ? can it be expected that the number of cases before the Court will grow ?

- *second*, is it desirable to open the Court's *forum* to new actors, in particular to international organisations ?

- *third*, what are the main procedural issues arising before the Court and what kind of changes should be introduced (by way of example, in respect to factual evidence); and,

- *fourth*, what about the future relations between the Court and other international tribunals, in particular in view of the "fragmentation" of international law ?

All these are interesting but vast questions. I'll try to briefly provide some food for thought in turn successively for each of them, with the hope that my short answers will be provocative enough to open a fruitful debate.

***First question then: What are the prospects of resort to the Court by States or other actors? Can it be expected that the number of cases before the Court will grow?***

As you all know,

- "Only states may be parties in cases before the Court" (Article 34, para. 1, of the Statute) and, according to Article 35 of its Statute, the Court is only open to the States parties to the Statute and, under conditions laid down by the Security Council, to other States; but given that, to-day, all entities being indisputably States are members of the United Nations (and, therefore, Parties to the Statute), this only keeps aside debatable State entities – the main ones being Palestine, Western Sahara, the Holy Seat, and Chinese Taipeh;



- for their part, international organisations, in accordance with Article 96 of the UN Charter and with Articles 65 to 68 of the Court’s Statute, the General Assembly or the Security Council, and under rather strict conditions, other organs of the United Nations and specialized agencies, may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question; moreover, according to paragraphs 2 and 3 of Article 34 of the Statute, “public international organizations” (a formula which clearly excludes NGOs) may give information relevant to cases before the Court, in particular when “the construction of the constituent instrument of a public international organization or of an international convention adopted thereunder is in question”.

And that’s all!

I’ll come back to the possibility for other actors to intervene in a way or another before the Court, when I come to the second question I have been asked to answer. But, what I have just said clearly shows that, for the time being, the growth – if any – of the number of cases before the Court entirely rests in the hands of the States – as far as contentious cases are at stake, and of international organisations of the UN system (and only them) in advisory matters.

Now, concerning the first question, to put it bluntly: there is clearly no prospect of any growth of the number of cases before the Court. The fear is, on the contrary, that we might come back to the situation prevailing in the 1960s. At the time – and not only in relation with the unfortunate 1966 Judgment of the Court on the South West Africa cases: between 1960 and 1975: only 12 new cases were added on the List (some plural applications concerning in fact a single case) and no new case was brought in 1963, 1964, 1965, 1966 (in other words: *before* the second phase of *South West Africa*), nor in 1968, 1969, 1970, 1974 and 1975 – and this occurred again in 1980 and 1985.

Then started better times. In 2003, the List included 25 cases. However, even though the Judges and the Registry kept complaining on an excessive workload – I’ll come back on this too later -, this was largely illusory: 10 concerned the same situation (NATO bombing of Serbia in relation with Kosovo) and several bore upon dormant cases – the most striking one being *Gabčíkovo-Nagymaros*, since the amount of reparation had not been fixed in the 1997 Judgment in which the Court



found mutual responsibilities of the Parties (and the true scandal is that this case is still “pending” to-day).

Anyway the fact is that the situation in the early 2000 appears to have been entirely exceptional: by the time-being we are sent back to the pre-existing picture. Supposedly, 10 cases are pending (the Court’s website says 11 but it includes *Burkina/Niger* which is in fact over) – among those 10, two (*Gabčíkovo-Nagymaros* and *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*) are remnant of the past which should have been deleted from the List (the first one a long time ago), two are under deliberation (*Peru v. Chile* and the interpretation of the 1962 Judgment in the *Temple* case) and three will be heard before the end of this year (the *Whaling* case between Australia and Japan, *Ecuador v. Colombia* and the second *Genocide* case, between Croatia and Serbia). There has been no new case in 2012 and, for the moment, only one in 2013 (*Bolivia v. Chile*). Now, do the math! when the already planned hearings are performed and the judgments given, if no other case is brought before the Court, there will remain only three “real” ones, of which two have been recently joined by the Court’s Orders of 17 April 2013, joining the proceedings in the case concerning the *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* with those in the case concerning *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*. Besides this consolidated case, the only other one will be *Bolivia v. Chile*.

Indeed, some new cases could be brought to the Court during the two or three coming years – but, as far as I am aware, it won’t be a rush, nor do I know of any serious plan to ask for an advisory opinion.

Why is that? My view is that the Court itself bears little responsibility in this situation: whether Colombia likes it or not, all its recent Judgments are balanced and more than legally defensible. Indeed, the proceedings are slow, but these last years – and particularly under the presidencies of Judges Higgins then Tomka – the Court rather caught up with its usual excessive delays to deal with a case. This has not prevented States to apparently show preference for other fora and, in particular, arbitral tribunals sheltered by the Permanent Court of Arbitration. For the time being for inter-States cases of that kind are pending:



- [\*Arbitration Between The Republic of Croatia and The Republic of Slovenia\*](#) on land and maritime delimitation;
- [\*The Republic of Mauritius v. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland\*](#) on the the Chagos Archipelago;
- [\*Indus Waters Kishenganga Arbitration \(Pakistan v. India\)\*](#); and
- [\*Maritime delimitation in the Gulf of Bengal\*](#) between [Bangladesh and India](#)

(while the “twin case” between Bangladesh and Myanmar was submitted to the ITLOS, and satisfactorily settled by the Tribunal’s Judgment of 14 March 2012).

Now, this does not really solve the mystery: nothing can really justify this preference for arbitration; these arbitral tribunals are not quicker than the ICJ; choosing the Judges in each case is a Herculean task – in which I see no superiority than to having a pre-constituted court of 15 Judges (or tribunal of 21 - ITLOS) – the number being, from my point of view a true token for neutrality and balance. It is true that, if you take these cases one by one, you may find some kind of explanation:

- concerning *Mauritius v. the UK* and *Bangladesh v. India*, the constitution of Annex VII Tribunals is a consequence of the impossible settlement of disputes mechanism in Part XV of the UNCLOS; this said, I consider that Bangladesh and Myanmar were well inspired in deciding to jointly seize the ITLOS (they could as well have decided to go before the ICJ);

- in the case of *Kishenganga*, Article IX of the Indus Water Treaty provides for arbitration; but, here again, there is no convincing explanation for neglecting the Court;

- only in *Croatia v. Slovenia* is the choice for an Arbitral Tribunal fully defensible: for various reasons, one of the Parties (Slovenia) conditioned its acceptance of a binding settlement to an injection of a measure of equity and, in spite of the possible recourse to *ex aequo et bono* under Article 38, paragraph 2, of the Court’s Statute, the ICJ is not well equipped to deal with such a request; moreover the case is tightly linked with the candidacy of Croatia to the EU and a European arbitral seems more logical.



My short answer to question 1: no prospect for a significant growth of the number of cases before the Court, even though for inter-State disputes with a significant political load, I definitely think that the ICJ remains the best *forum* in spite of the now large range of possible international tribunals to which Parties may turn – an issue to which I’ll come back by way of conclusion in relation with the so-called “fragmentation” of international law.

**Second question: Is it Desirable to Open the Court’s *forum* to New Actors, in particular to International Organisations ?**

I’ll be briefer – and start by the short answer. It is in the negative. I would think that, precisely, one of the strengths of the ICJ is that it is open to States and reserved to them (with the exception of advisory opinions upon request of some organs or organisations of the UN – which is a separate sub-question). And, whatever some doctrinal circles maintain, the sovereign State remains an entity of a very special nature and it is, indeed, premature to publish the obituary notice.

As the Court explained in several occasions, it is the “organ” of public international law conceived in the strict and traditional definition of the expression, that is interstate law. Indeed, it does not mean that to-day’s international law is limited to that purely inter-state law but:

- *first*, in my view, sovereignty still plays a central role, even in new branches of international law where it seems absent *prima facie* (even a legal system which was formed “without the State” like *lex mercatoria* is marked by sovereignty since the private actors which are at the origin of this legal order take sovereignty into account in order to bypass it); and,

- *second*, it is convenient that the particular new branches of (international) law including those applying to States on the one hand and private actors use different *fora* and means of peaceful settlement, if only because international law has become hardly “distrainable” in all its complexity and technicalities by lawyers: I certainly see myself as a “general international lawyer”; I try to follow the general evolution of public international law and I am rather comfortable with investment law – which I see as a distinct legal order of international law – but





when I have special cases bearing on the law of the sea, human rights, environmental law, international criminal law, trade law, I feel much more comfortable when I work with co-counsel specialized in those fields – not to speak of EU (or, say, Mercosur law) or purely commercial law – fields in which I am an absolute ignoramus... This said, what is true for me, probably also is for many Judges. some can be kind of Pico della Mirandola, knowing everything in every fields; but I would think that most are like me (and most professors): at best they are “general international lawyers” with one or two specialized field – and that’s it. In very technical domains, I think that a mixture between generalists and specialists is the best arrangement – this being said, it rarely happens and many specialized tribunals – starting with human rights courts and criminal courts and tribunals – miss general international lawyers.

And, while I am on this topic, I signal in passing that the last nominations for election to the World Court have been rather unfortunate since several candidates – some among whom have been elected – know as much international law as I know nuclear physics (and I can assure you that it is very little!). I do not sustain that it is catastrophic: some of the new comers might very quickly become impressive international lawyers (as happened in a recent past with Judge Shahabuddeen); nevertheless this is an uncertain bet...

So, no private actors before the ICJ please! (even though it could be envisaged to provide for some kind of intervention as *amicus curiae* – all the more so, that this is not excluded by the Statute and would be in line with a general trend in international tribunals – whether you think of the WTO settlement of disputes settlement or of the recent case law of ICSID).

Now, before leaving this question, what about international organisations? Two sub-questions are at stake:

(1) should international organisations be authorized to be claimants or defendants in contentious cases?

(2) should the possibility for advisory opinions be widened?

I would probably answer positively to both questions – but with caution, qualifications and *caveats*:

(1) the most difficult sub-question is the first one; *a priori* this would be logical at a time when international organisations – at least some of them – act



more and more like States in some fields; it would therefore seem normal that, when their responsibility or the limits of their competences are at stake, this can be brought before an international law court exactly as when two States are in dispute; on the other hand, as shown (or, unfortunately, not completely shown...) by the recent ILC Articles on the responsibility of international organisations, the consequences of such responsibility are so complex, its articulation with the responsibility of member States, so uncertain, that such an opening of the Court contentious forum should, I think, be restricted to cases when only the active or passive responsibility *of the organisation* is at stake (to the exclusion of the possible joint or joint and several responsibility of the member States); in any case, this extension seems unattainable since it would suppose an amendment to the Charter, which, for the time being seems out of reach. Suffice to recall in this respect the difficulties with the accession of the EU to the ECHR: discussed since the late 1970s, the accession became a legal obligation only under the Treaty of Lisbon, which entered into force on 1 December 2009. And even now, the process is not closed, in particular because of the difficulties to decide on the Strasbourg Court jurisdiction.

(2) This would not be the case in all hypotheses if one envisages an extension of the possibility for international organisations to request advisory opinions. Again to “sub-possibilities” can be envisaged

*First*, such a right could be extended to other international organisations or institutions within the UN system – this is simply a question of political will since, according to Article 96, paragraph 2, of the UN Charter “... organs of the United Nations [other than the General Assembly and the Security Council] and specialized agencies, [...] may at any time [...] authorized by the General Assembly [to] request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities”. Now the only real issue is: should such a right be granted to the Secretary General? This is proposed from time to time – I am not really convinced: either the requests would concern relatively minor technical points and there is no real need to bypass the Legal Adviser and to undermine his or her authority; or the requests would bear upon “war and peace” issues and this would threaten the delicate balance between the organs concerned with the maintenance of international peace and security.



*Second*, the other possibility would be to open the possibility to request advisory opinions to organisations others than specialized agencies. This, I suggest, would be rather attractive – especially if other courts and tribunals could seize the World Court of questions of principle concerning the interpretation and scope of general rules of international law. Such a possibility would help to limit the inconveniences of the “fragmentation” of international law and be in the interest of all the stakeholders of such a system. However,

- in such a case, the opinions, while “advisory” should be ... binding upon the organisation or tribunal having requested it, in order to avoid undermining the authority of the Court (and this is quite possible as shown by the former mechanism of “review” of the UNAT judgments and the one, still existing, in respect to the ILOAT judgments;

- but, even if this would probably a useful reform, it too supposes a revision of the UN Charter, which I do not foresee as realistic.

Well, ladies and gentlemen, I apologize for looking so conservative, but concerning question 2, I’m afraid that changes are either useless or unnecessary, or simply cannot be realistically considered. Now, let’s see if we are more successful with **Question 3: What Are the Main Procedural Issues Arising before the Court and What Kind of Changes Should be Introduced (by way of Example, in respect to Factual Evidence)**

On this third question, I could be extremely talkative... I will only evoke the various phases of the proceedings in a telegraphic style and suggest some tracks for changes – although, here again, I will probably disappoint you: in spite of the, sometimes harsh, criticisms addressed to the Court, I do not favour any radical reform, but only some limited inflexions – which could have not negligible consequences; as is well known: the devil is in the details...

Not much to be changed as for the seizing of the Court. Instituting proceedings by an Application or the notification of a Special Agreement is alright and does not call for changes – and the Court’s case-law has specified in great details (and enough flexibility) the form and content of those documents. But two related remarks:

- *first*, I am, personally, most opposed to Chambers; even though the Parties could have no complain on the substance of the Judgments, my experience



with them have not been very convincing; it is mongrel mixture between the arbitral and judicial process (which, in itself is not a problem), which combine both inconveniences without decisive advantage: the choice of the Judges is a conundrum; there is no real gain of time; and you lose the advantage of having a large panel, whose global impartiality and neutrality is assured by the diversity of its composition;

- *second*, I fully agree with “Practice Direction” n° I, according to which “the practice of simultaneous deposit of pleadings in cases brought by special agreement” is to be discouraged – this said this call is unfortunately not respected in practice, and for bad reasons, I think.

Speaking of Practice Directions, I wish to say that I find this new Court’s mania destestable. It has been introduced twelve years ago in order to complete the Rules of Court – which can however simply be amended if need be by the Court itself – and are totally uncertain as to their legal scope: nobody knows whether they are binding or not. This is not to say that all these “Practice Directions” are bad (some are most welcome – notably Practice Direction VII when it says that “parties, when choosing a judge ad hoc pursuant to Article 31 of the Statute and Article 35 of the Rules of Court, should refrain from nominating persons who are acting as agent, counsel or advocate in another case before the Court” – but there is strictly no reason why the same would apply to persons having “acted in that capacity in the three years preceding the date of the nomination”); other are completely superfluous when they simply reaffirms rules already existing in the Rules of Court; and many are abusively detailed and hardly applicable – one of the best examples being recent Practice Direction IX<sup>quarter</sup> on the pictures being included in the Judges’ Folders. I see there a very negative drift coming from the growing “Anglo-Saxonisation” of the Court... Not all and every stage of the proceeding has to be locked into rigid rules – there must some room for adaptation in the concrete circumstances of the case and for free and reasonable appreciation by the Court on a case-by-case basis.

I won’t comment at length on the various incidental proceedings and will only say that, from my point of view:

- the Court is somewhat too lax in respect to requests for interim measures, which it tends to welcome rather too lightly – and all the more so that following the most debatable *LaGrand* principle according to which interim measures



are binding upon the Parties, tends to encourage the Claimant State to ask for such measures and radically complicates the issues of reparation when responsibility is at stake – even very artificially as exemplified by *Cameroon v. Nigeria*;

- on the contrary, I am concerned with the new trend apparently inspiring the Court in the matter of intervention; after a long period of very restrictive approach in respect to the admissibility of interventions, the Court seemed to have adopted a balanced approach with its judgment of 13 September 1990, on Nicaragua’s intervention in the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* between El Salvador and Honduras, confirmed among others in its 1999 Order in *Cameroon v. Nigeria*; unfortunately its Judgments of 4 May 2011 (NICOL) concerning the interventions of Honduras and above all, Costa Rica, in *Nicaragua v. Colombia* show a worrying step backward in this respect.

Well – in both cases (interim measures and interventions) there is no need for changing the Rules; only slight reorientations of the case-law would suffice.

Now, the case is on-going; what can be criticized? what should be changed? Not that much, I suggest...

Concerning the written pleadings, my main complaint is the tendency of States, encouraged by their Counsel – and, in the first place, Anglo-American law-firms, to write too much or, more precisely, to pile up annexes with very little discernment: with the new technologies (Internet which gives access to an excess of information and, very basically, the facilities in reprography), they have a tendency to annex to their written pleadings an impressive number of documents which, quite often, have only a vague link with the argument and are included “just in case” and not because they are really useful for the case. Unfortunately, besides self-restrain by the Parties, I am not sure I know any remedy against this unfortunate drift.

Now, it is unfortunate not only because it uses tons of paper and is anti-ecological, but also because they slow down the proceedings. Not only conscientious Judges will – probably hopelessly in some cases – try to read or at least go through all those documents – which is extremely time-consuming for a disappointing result -, but also because all this should, theoretically be translated since according to Article 39, paragraph 1, of the Statute “[t]he official languages of the Court shall be French and English”.



The bilingualism introduced by this provision is of course explained by its historical context. The period from 1920 to 1945, which was crucial for the adoption of the Statute, marks the occasion in which English supplanted French as the International *lingua franca*. However, this provision has significant consequences, both practical as well as more fundamental.

At the practical level, the result is a very heavy workload for the Court Registry. As long as the written procedure remained, with certain exceptions, within reasonable dimensions, the obligation to translate all procedural submissions into the other official language remained acceptable. This requirement became excessive with the increase of the length of the Parties’ submissions and above all their annexes. While I cannot be entirely sure – I am after all obviously an external observer – it appears to me that the Registry has wisely refused to translate the entirety of these annexes, which despite the opinions expressed by certain lawyers, the parties insist on accumulating. However, if this is the case, it is regrettable that the Judges are not required to understand, or at least have a passive understanding of the other official language. French is reputed to be a difficult language but it is a working language of the Court, and even French can be learned...

Given the subsequent burden of bilingualism for the International Court of Justice, it must be asked – should the policy of bilingualism be reviewed? Not being an activist of the French language, I have often pondered about that myself.<sup>3</sup> After all, the deliberations of the European Court of Justice are conducted exclusively in French and this has enormous advantages. Judges are able to exchange their ideas directly without having to communicate through an interpreter. Furthermore, this tradition has not been questioned despite the successive spread and multiplication of languages used in the Community. Why therefore do we not implement a single procedural language, to the benefit of *the* international language, which today is English?

The one reason which in my opinion detracts from the simplifying and practical appeal of such a solution is that bilingualism is not just a source of frustration and constraint, but also one of enrichment. One should not cover up the fact that the disappearance of the French language would result little by little, perhaps slowly, but

---

<sup>3</sup> See for example, A. Pellet, “Remarks on Proceedings before the International Court of Justice”, *L.P.I.C.T.*, 2006, pp. 170-173.



surely without doubt, in the increased rejection of counsel from Latin countries in favour of Anglo-Saxon counsel, which is already today largely predominant in the "invisible bar." Furthermore, this absence will, indirectly but surely too, affect the jurisprudence of the International Court of Justice and thus the evolution of international law itself. Of course one can plead in English before a French, French-speaking Brazilian or Moroccan Judge, but language is not in itself a neutral agent. I believe that the opportunity to address the International Court of Justice in both a language that constitutes a natural vehicle for common law and on the other hand one that is more linked to the particulars of Latin law is a source of complementary and mutual enrichment.

However, language is merely the tip of the iceberg. Beyond this is the legal approach to international relations; the very concept of international law is at stake. This results from the essential encounter of two legal traditions: Romano-German law, of Latin origin, which without doubt is practiced in the majority of the world's countries and whose influence was certainly predominant when the foundations of modern international law were suggested and thought of in the 17th and 18th centuries, and on the other hand, common law, with its very different methods of reasoning. Moreover, pursuant to Article 9 of the Statute of the International Court of Justice or Article 2 of the Statute of the International Law of the Sea Tribunal, the Judges of the Court or of the Tribunal are chosen in order to assure "in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world." This diversity provides great richness even if the educational background of the Judges is in fact rather uniform.

So much for bilingualism. And this has already taken us to the hearings.

Oral pleadings are often the object of squabbling in discussions between Judges and Counsel. The first impute to the second a desire to stretch the length of the hearings to the maximum. The second suspect the first of wanting to shorten the hearings below the reasonable minimum. I, for my part, have a rather nuanced opinion. I agree with the judges that hearings are often too long and lead to useless repetitions. But I also know from experience, that, whether wrong or right, the States favour relatively long hearings which are the occasion to show to the public opinions that all which could be done for defending the case has been done. The



judges are “obliged to hear,” and, we hope, to listen, and their public opinion can constitute an acknowledgement that all possible arguments were raised (the hearings are nowadays usually integrally broadcasted by national TV programmes). This said, I would think that limiting oral pleadings to that which is reasonable is understandable, but on two conditions:

- the first is that of course everything is relative: in certain cases a few hours of hearings are sufficient; in others this would not allow that justice not only be done but furthermore seem to be done;

- the second would be that the Court renounce imposing on counsel the exhausting rhythm which is often decided; without increasing the number of hearings it is indispensable to carefully handle the different rounds of pleadings, the preparation phases which are often reduced to the most simple expression do not give to counsel enough time to seriously study opposing arguments and obligates them to either dash through insufficiently reasoned responses or to read their texts pre-prepared before the oral pleadings to which they are supposed to respond. Here again however, I can again note a certain improvement in recent years. I am now able get some sleep in The Hague, (I mean to sleep in a bed not in a hearing room, even if sometimes I do succumb to a discreet somnolence which is not reserved only to certain judges).

Last – and general- procedural point. The proceedings before the ICJ are often criticized for their slowness and their formalism. And, indeed, they are rather slow and extremely formal.

As to the length of the proceedings, I have already evoked the issue several times. Just three brief remarks then: *first*, they are not that longer than before most other international (and indeed domestic) courts and tribunals; *second*, more often than not States are more responsible for the excessive length of the proceedings than the Court itself (excessive requests for long preparation of the written pleadings; requests for extension or for unnecessary third round; accumulation of excessive documents) – although the Court could be more directive in its guidance of the procedure; and *third*, the ICJ has shown, in recent times in particular, that it could be reasonably expedient (and, in one recent case – the *Whaling* case between Australia and Japan – excessively so from my point of view).





Now, last, formalism. Yes, proceedings before the Court are extremely formal and this is particularly visible in respect to the hearings. Even if considerably shortened by comparison with the past, they remain rather long (and, to be honest, usually quite boring) and by contrast with other courts (in particular the EU Court and the ECHR in Strasbourg) as well as investment arbitrations, they are exceptionally formal in that the Judges listen silently to the advocates' presentations (or they discretely sleep) but very rarely ask questions – even though they have done it a little bit less parsimoniously these very last times; but questions remain rare; are only asked at the end of the first or the second round of pleadings; and are previously discussed between the Judge who wishes to ask it and the whole Court; moreover, they never call for an immediate answer by Counsel and, quite usually, a comfortable period of time (between one week and one month) is allocated to the Parties to answer.

But I must say that all well considered, I would rather keep things as they are in this respect: the Parties before the Court are sovereign States; the cases submitted to the ICJ usually are extremely sensitive political issues; and in these circumstances, spontaneity is not an option – much better in particular that Counsel can discuss their answers to the Judges' questions with their Team and their Agent, who, more often than not has to refer to his or her capital.

I am conscious that I had also been invited to give my view on the factual evidence before the Court. I must admit that I am not quite sure to understand what the organisers of this colloquium had in mind in this respect. The first rule before the ICJ (and, more generally before international courts and tribunals is that ... there is no rule: it belongs to each Party to prove its case, whether in law or in fact and I must say that I find it quite satisfactory – and, this might be a reflection of my "Latin" or "continental" tradition: contrary to my Anglo-Saxon counterparts, I am not fascinated by these issues concerning the burden of proof or the law of evidence.

And I now come at last (after clearly overpassing my time! to the

**Fourth and last question: What about the Future Relations between the Court and Other International Tribunals, in Particular in view of the "Fragmentation" of International Law?**



I have already hinted to this quite important issue in previous parts of my presentation. Let me then simply summarize by way of conclusion:

(1) the so-called “fragmentation” of international law is at the origin of blossoming of jurisdictions and other means of settlement of disputes; far from globally being an inconvenience, they are signs of the vitality of the international court phenomenon; without a doubt, to quote President Bedjaoui, they constitute “*la bonne fortune du droit des gens*”<sup>4</sup> – the good fortune of *jus gentium*;

(2) this does not mean that this situation has no disadvantage; in particular the risks of contradiction in the case-law of those various courts and tribunals are real and we all know some examples;

(3) moreover, the proliferation of international courts and tribunals has not eliminated situations where no particular mechanism for the settlement of disputes exists or has jurisdiction; this is particularly so in respect to the activities and actions of international organisations which, quite often, cannot be submitted to any such mechanism (I have particularly in mind the peace-keeping operations which, regrettably, are in large part “unjusticiable”).

For all these aspects, the ICJ, whose “moral predominance” remains striking – as shown, by example, by the tribute paid to its case-law – by most international or transnational tribunals – is still called to play an important role. And I definitely think that this is not a case for promoting a solemn formal reform.

Indeed, it could be convenient to extend the contentious or advisory jurisdiction of the Court to situations involving international organisations; but, as I have explained, I do not think that a revision of the Charter on these points are realistic – nor do I think that they are worth of a probably hopeless campaign. Indeed some improvements in the Court proceedings could be in order and could, in the long-run, increase its attractiveness. But what I fundamentally think on the other hand is that it is most important to preserve the respect the World Court generally enjoys and not to threaten it by harsh criticisms and inconsiderate reforms.

---

<sup>4</sup> “Conclusions générales - La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens” in SFDI, Colloque de Lille, pp. 529-545.



## AMPLIAR O ACESSO À CORTE: NOVOS ESTADOS E NOVOS ATORES

*Paolo Palchetti*

### I. Introduction

1. The purpose of my intervention is to deal with the question of accession of States and other international actors to the ICJ. In order to better explain its content, let me make some preliminary remarks. What does it mean “access” and who are these new “international actors” I am mentioning? When I use the term “access”, I mean it to refer not only the capacity to submit disputes or to request advisory opinions to the ICJ. More broadly “access” here covers any form of participation to the proceedings before the Court. Thus, it also includes intervention or participation by amicus curiae briefs. “International actors” include, in addition to States, territorial entities which aspire to become States, international organizations, NGOs, and individuals. I will focus on the practice of the last decade in order to assess the attitude of States and the position of the ICJ with respect to question of access to proceedings. The overall purpose is to determine what are, in my view, the main tendencies as well as the main problematic issues.

2. One last remark: one may wonder whether there is nowadays a real need to increase the access to the Court. This morning Professor Condorelli explained that there is such a need as the Court, at least in the last 4-5 years, was not invested with many new cases. But apart from the fact that the Court needs to attract new clients there is another reason why the issue of access by new actors deserve to be better explored. I do not say anything new if I observe that while the main rules governing the activity of the Court are the same rules formulated one almost one century ago by a group of jurists selected by the League of Nations, international law has changed considerably in this century. The Court itself is more and more dealing with questions involving the legal interests of subject other than States; moreover, the existence of communitarian legal interests of the international community is nowadays generally recognized. Taking into account these developments, the question of the



access to the Court becomes important insofar as it permits to assess what are the possible means for ensuring that new subjects are better represented before the ICJ.

## II. States

3. The first question is to briefly assess what is the actual attitude of States towards the ICJ. The first interesting element is that in the last 10 years 12 new States have made the unilateral declaration, most of the member States of the EU. This reflects a certain consensus between EU member States which favours this method of accepting the Court's jurisdiction. Nowadays the total number of States stands at 69 (21 out of 27 EU member States).

4. However, it may be interesting to note that in the last decade in more and more cases the jurisdiction of the Court is based on compromissory clauses. In 2010 the President of the Court, Owada, observed: "The proportion of pending cases brought under a compromissory clause has risen from 15 per cent in the 1980's, to 40 per cent at the end of the last century, to more than 50 per cent in this past decade". He observed that "The compromissory clause has become an increasingly important part of the Court's jurisdictional toolbox in recent years". In this respect, it is certainly significant that one of the most important universal conventions concluded in the last decade contains a compromissory clause conferring jurisdiction to ICJ. I am referring to art. 27 of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States. In this regard it may be noted that States sometimes make reservations excluding the application of these clauses in their respect. One question which may be raised is whether this kind of reservation may, under certain circumstances, be considered invalid because not compatible with the object and purposes of the convention. Interestingly the ICJ addressed this issue in 2006 with respect to the reservation made by Rwanda to Article IX of the Genocide Convention. Correctly the Court said that in the context of that Convention, such a reservation could not be considered to be invalid. It is significant that the Court declared itself competent to make such an assessment.

5. The recent practice offers some cases of States withdrawing from treaties which recognize the Court's jurisdiction. In 2005 the US denounced the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations. In the period



between 1998 and 2003 3 cases had been submitted to the Court on this basis of this provision. More worrisome is the recent decision of Colombia to withdraw from the Pact of Bogotá. This decision was taken after the 2012 judgment on the dispute between Nicaragua and Colombia Territorial and Maritime Dispute case. The Pact of Bogotá is a very important instrument for the Court's activity. It suffices to observe that in 5 of the 11 cases nowadays pending before the Court the applicant State based the Court's jurisdiction on the Pact. Many South American States are parties to the Pact of Bogotá. There are now pending before the Court two politically charged cases, one between Peru and Chile and the other between Chile and Bolivia. In both cases the jurisdiction of the Court is based on the Pact of Bogotá. If other States will follow the example of Colombia, this would affect considerably the role of the Court in the settlement of the disputes between South American States.

6. With regard to the recent jurisprudence of the Court concerning the question of access to the Court, there are two recent developments which merit some comment. One of this development goes in the direction of restricting access to the Court; the other goes in the opposite direction. A) Intervention under article 62: in 2011 the Court has denied the permission to intervene to Honduras and Costa Rica in the dispute in the case concerning the Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). In both cases the refusal was justified by referring to the lack of a legal interest justifying intervention. In fact the Court appeared to set a very high threshold in this regard. By taking such a narrow view as to the notion of "legal interest which may be affected", the Court has substantially rendered extremely difficult, if not impossible, that in a situation of overlapping maritime claims a State is granted permission to intervene under Article 62. As noted by several Judges, the Judgments of 4 May 2011 represents in this respect a marked departure from the position taken in 1999. My views in this respect is that the attitude taken by the Court in these cases was unduly restrictive.

7. The other development relates to the question of locus standi in dispute involving erga omnes obligation. In the recent judgment (2012) in the Belgium/Senegal dispute, the Court recognized that "being a party to the Convention against torture was sufficient for a State to be entitled to bring a claim to the Court concerning the cessation of alleged violations under the Convention". More broadly,



the Court has recognized that, in cases of breaches of obligations erga omnes partes, there is no need for a special interest in order to be able to invoke the responsibility of the wrongdoing State and to submit a case before the Court. It is clear from the Court's judgment that this conclusion also applies to breaches of erga omnes obligations. Since each State has an interest in compliance with these obligations, each State is also entitled to bring a case before the Court in cases of breaches of this kind of obligation, without the need of demonstrating the existence of a special interest. This is a welcomed development that certainly increases the potential for access to the Court. A question which may be raised is whether this precedent may have implications also in the context of intervention by States to proceedings involving breaches of erga omnes obligations? When one admits that this interest is sufficient to entitle a State to bring a claim to the Court, it seems to me that it should also be considered as sufficient to justify intervention under Article 62. However, as the Court has taken a very restrictive approach as to the conditions which justify intervention under Article 62, is very difficult to predict what could be the position of the Court in this respect. Should the Court accept the possibility of intervention in this kind of situation, one may wonder whether the present procedure is adequate. It seems that a less cumbersome procedure would be preferable, also taking into account the number of States that potentially could be entitled to intervene.

### **III. Non-State territorial entities**

8. In order to explain the meaning of this notion, let me first indicate in which cases this problem arose. In 2003 the Court invited Palestine to participate to the proceedings in the Wall case. To justify the invitation, the Court simply referred to the special character of Palestine as an observer within the UN. In the Kosovo declaration of independence, the Court considered the "Authors of the declaration of independence" as likely to be able to furnish information and were allowed to participate to the proceedings. Under art. 66, para. 2, the subjects which are allowed to participate are: "any state entitled to appear before the Court or international organization considered by the Court as likely to be able to furnish information on the question". The Court does not clarify the legal basis on which it relied for justifying its decision to allow Palestine and the Authors of the declaration to participate. According



to some authors, the notion of "state" should be interpreted as covering also "quasi States". Another solution, which in my view is a more convincing one, is that, taking into account the object and purpose of this provision, which is to enhance the Court's ability to obtain information, Article 66 may be interpreted in an extensive way and be applied by analogy to a further category of subject.

9. An interesting question is whether the solution adopted by the Court in these two cases may have implications in the field of contentious proceedings. If one accepts the idea that the notion of State under Article 66 should also cover quasi States, there is no reason to deny that the same should apply to the notion of States under Article 34 of the Statute. If instead the Court's practice is based on the idea that Article 66 can be interpreted by analogy as including quasi-States, then it cannot be said that the same solution applies to article 34: this provision is clear, it says that only states may be parties. However, it remains the question of intervention under Article 62 and 63. First, an interpretation of these two provisions as including quasi State entities would not be contrary to article 34 because the intervenor does not acquire the status of party. Second, the object and purpose of these provisions could be regarded as supporting an extensive interpretation. My impression is that the Court would hardly accept such an interpretation. However, admitting intervention, or some kind of intervention in this type of situations, would allow the subjects concerned to have a say in disputes whose outcome may affect considerably their interests. One may think, for instance, of dispute such as the one in the East Timor case, which involved the exploitation of the resources of population of East Timor.

#### **IV. International Organizations**

10. It is all too well that only States can be parties to a case before the ICJ. It is also well known that this provision has long been criticized by many authors and even by judges of the Court. There is little to add to what has already been said on the anachronistic nature of this limitation. I wish only to add one observation. Despite the many critics addressed to this limitation, no proposals have been put forward nor is there a real request coming from States or international organizations for the modification of this provision. Obviously, the lack of proposals can be explained by



reference to the challenge of amending the statute. However, another element to be taken into account relates to the position of international organizations. I wonder whether international organizations have a real interest in any extension of the Court's jurisdiction which would allow the Court to settle disputes involving organizations. My doubts on this are originated by the recent experience relating to the codification of the rules on the responsibility of international organizations. As you know, starting in 2003, the ILC in the last decade has conducted an important work of codification of the rules on the responsibility of organizations. During these years, I was surprised to note that international organizations, far from being supportive of the Commission's work, appeared extremely worried. They appeared to regard the Commission's work as a risk rather than as an opportunity. My impression was that international organization preferred not to have a clear set of rules establishing the conditions for responsibility, as if having a clear set of rules would have implied increasing the possibility of claims directed against organizations. I may be wrong but sincerely, I would not be surprised to discover that in fact international organizations has no real interest in an amendment of the Court's statute. I would not be surprised to discover that, here again, organizations regards such a possible modification as a risk rather than as an opportunity.

11. Having said this, it must be recognized that the ICJ has recently introduced a procedure which widens the possibility of access to the Court by international organizations. In 2005 it has modified its rules by introducing a new procedure which enables an international organization to submit observations to the Court in cases where construction of a treaty to which that organization is a party is in question. The procedure introduced with this amendment is clearly modelled on that provided for in Art. 63 of the Statute. This amendment shows a certain willingness on the part of the Court to allow international organizations to play a more active role in Court's proceedings. It must be noted, however, that since this procedure has been introduced, international organizations have never had recourse to it.

## V. NGOs





12. Also in this respect there has been an interesting development with the adoption of Practice direction XII. This provision establishes that written briefs submitted by NGOs in the context of advisory proceedings are not to be considered as part of the case file; it adds that they may be referred to by States and intergovernmental organizations and that they will be placed in a designated location in the Peace Palace. Nothing is said about the possibility of submitting such briefs in the context of a contentious proceedings. I have two observations about this procedure, which in my view is highly unsatisfactory: a) this form of participation has nothing to do with participation as *amici curiae*. The fact that the participants to the proceedings may refer to briefs submitted by NGO or that these briefs are located in some place in the Peace Palace does not add to their value: any brief posted on internet by a NGO can be regarded as a publication readily available which may be referred to by the participants. The real point is that these briefs are not part of the case files and judges have no duty to take them into consideration. b) I really do not understand why the Court has limited this procedure only to advisory proceedings. It is true that under the Statute article 66 refers to international organizations while article 34 refers to public international organizations. This has been interpreted to the effect that the notion of international organizations under article 66, being wider, also includes NGOs. However, it is clear that the procedure envisaged in Practice direction XII is not based on Article 66, otherwise there would be no reason to distinguish the treatment of international organizations from that of NGOs. This means that the choice to envisage a role for NGOs only in the context of advisory proceedings is not based on the Statute but on a discretionary assessment of the Court. I submit that, since this choice does not have a legal explanation, there is no reason to limit their participation to advisory proceedings. This the more so since there has been instances in which NGO have presented very interesting brief in connection to disputes pending before the Court. (see Amnesty).

## **VI. Individuals**

13. The possibility of allowing the submission of *amici curiae* brief should also be extended, under certain circumstances, to individuals which have a direct



interest in the Court's decision. More and more the Court has to deal with cases where the interests of individuals are directly at stake. I am not referring only to diplomatic protection cases, such as the recent Diallo case, where, by the way, the Court has given the impression to recognize a greater importance to the interests of the individual affected. There are many other cases in which interests of individuals are directly involved in a proceeding. It suffice here to refer to the Germany v. Italy case. The importance of the case for the victims of the crimes committed by Nazi Germany is attested by the presence of their lawyers during the entire oral phase of the proceedings. The possibility for these individuals to express their views by submitting an amici brief is evident as their position do not necessarily coincide with that of the State. At the same time, I am not sure that States would inevitably oppose the introduction of this type of procedure.

14. Let me here briefly note that only in one specific context the Court has been careful to protect the possibility of access of individuals concerned. I am referring to the special procedure which allows international organizations to request an advisory opinion for reviewing a judgment rendered by their administrative tribunal. Nowadays, this procedure only applies to the judgment of ILOAT. As the Court has repeated in its last advisory opinion of 2012, this kind of procedure does not fully ensure the equality before the Court of the organization on the one hand and the official on the other. Interestingly in its 2012 opinion the Court gave relevance to the practice of the Committee of human rights in order to determine the content of the general principle of equality of the parties in this particular context. The Court has been substantially alleviated the inequality by adapting its procedure to this particular situation. Admittedly the Court's attitude towards the positions of individuals is justified by the particular type of disputes submitted to its judgment. In my view, the lesson learned in respect to this kind of dispute could be usefully transplanted to other types of disputes.

## **VII. Conclusion**

15. I do not have real conclusion. The purpose of my intervention was simply o highlight some recent developments in the Court's practice and jurisprudence



with regard to the issue of access to the Court. What I can do, by way of conclusion, is simply to summarize what are, in my view, the more urgent aspect which must be addressed in order to widen the access to the Court. The first is the more unlikely because it requires amending the Statute: allow international organizations to be party in cases before the Court; the second is relatively more easy to accomplish, as it requires in my view only a modification of the Rules: introducing an amici curiae procedure. The last does not even require amending the Rules: a new approach to third parties intervention under Art. 62 of the Statute.



## O ALCANCE DO CONSENTIMENTO COMO FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA SENTENÇA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

*Leonardo Nemer Caldeira Brant<sup>5</sup>*

À luz de uma distinção clássica, as ordens jurídicas de natureza interna e internacional apresentam numerosas qualidades que lhes são próprias. Assim, sem pretender entrar em detalhes e apenas a título preliminar deve-se verificar que, no âmbito do direito doméstico, toda a ordem jurídica repousa sobre a Constituição. Esta regulamenta, a seu modo, a atividade jurisdicional e define os limites de autoridade das decisões dos tribunais legalmente constituídos. Partindo desse princípio o Estado de direito indica que qualquer controvérsia pode encontrar resguardo em uma determinada solução jurisdicional independentemente de comprovação do consentimento de todas as partes em litígio. Tal fato significa que a autoridade do ato jurisdicional encontrará seu fundamento na Constituição do Estado e não no consentimento individualizado das partes litigantes.

A questão que se coloca então é a de saber como se reconhece a autoridade incerta e difusa do ato jurisdicional em uma sociedade fragmentada como é ainda o caso da sociedade internacional. Afinal, como determinar a força normativa e obrigacional da sentença em um direito de igualdade, de coordenação e que é descentralizado por natureza, como é o caso do direito internacional? De fato, este é essencialmente um direito que nasce «sem juiz»<sup>6</sup>, cuja intervenção de uma autoridade dotada de competência para emitir decisões de natureza obrigatória representa mais a exceção do que a regra.

A base do problema reside na história controversa da justiça obrigatória a qual almejavam certos redatores do Estatuto da Corte Permanente de

---

<sup>5</sup> Doutor em Direito Internacional pela Université Paris X. Tese laureada com o Prix du Ministère de la Recherche. Professor de direito internacional da Faculdade de Direito da UFMG e da PUC-Minas. Ex Jurista Adjunto da Corte Internacional de Justiça da Haia. Professor convidado do Institut des Hautes Études Internationales de la Université Panthéon-Assas Paris e da Université Caen Basse-Normandie, França. Visiting Fellow do Lauterpacht Centre of International Law, Cambridge University, Diretor Presidente do Centro de Direito Internacional – CEDIN e do Anuário Brasileiro de Direito Internacional.

<sup>6</sup> Embora algumas experiências de natureza arbitral como no caso Jay ou no caso Alabama possam servir de exemplo para justificar certa tradição jurisdicional anterior ao século XX, a verdade é que a existência de jurisdições internacionais de natureza permanente somente será observada a partir das primeiras décadas do século passado.



Justiça Internacional e que veio finalmente a ser rejeitada tanto no Estatuto da C.P.J.I. quanto no da C.I.J.<sup>7</sup> É, portanto exatamente a partir do reconhecimento da natureza facultativa da principal jurisdição internacional permanente que foi confirmado o princípio fundamental segundo o qual o consentimento dos Estados em litígio está na base da jurisdição internacional. Este é o postulado sobre o qual repousa o sistema de solução de controvérsias internacionais<sup>8</sup>. Entende-se por aí que, diferentemente da situação dos particulares diante dos tribunais internos, os Estados apenas submetem-se à jurisdição da C.I.J. na medida de seu consentimento<sup>9</sup>. Como sublinha a C.P.I.J no seu parecer consultivo a respeito do *Estatuto da Carélia oriental*, ‘está bem estabelecido no direito internacional que nenhum Estado poderia ser obrigado a submeter suas controvérsias com os outros Estados seja à mediação, seja à arbitragem, seja enfim a qualquer outro procedimento de solução pacífica, sem o seu consentimento’<sup>10</sup>.

De fato, a necessidade do consentimento dos Estados Partes para que a Corte possa exercer sua competência contenciosa é sistematicamente, e em termos categóricos, sublinhada pelas duas cortes mundiais. Assim, no caso relativo aos *Direitos das Minorias na Alta-Silésia*, a Corte assinalou que a jurisdição da Corte depende da vontade das Partes<sup>11</sup>. No caso relativo ao *Ouro monetário removido de Roma em 1943*, a Corte declarou que ela apenas pode exercer sua jurisdição com relação a um Estado se dispuser do consentimento desse último<sup>12</sup>. Da mesma forma, no caso relativo à *Plataforma continental do Mar Egeu*, a Corte assinalou que um exame de ofício desse consentimento é tanto mais imperativo quando uma das partes se abstém de comparecer ou de apresentar os seus argumentos<sup>13</sup>. A C.I.J. recordou na sentença de 30 de junho de 1995, no Caso do *Timor Leste*, que ela própria não pode decidir a respeito de uma controvérsia entre dois Estados sem que esses tenham

---

<sup>7</sup> A Corte Permanente de Justiça Internacional precede a Corte Internacional de Justiça. Ambos os Estatutos são quase idênticos ressalvados algumas pequenas alterações como o fato da C.I.J. ser parte integrante das Nações Unidas. Ver artigo 92 da Carta das Nações Unidas.

<sup>8</sup> S. Rosenne, ‘The World Court What It Is and How It Works’, Oceana, New York, 1963, p. 32-33.

<sup>9</sup> P. Daillier, A. Pellet, ‘Droit International Public’, LGDJ, Paris, 2009, p. 857.

<sup>10</sup> C.P.J.I., série B, N°5, p. 27.

<sup>11</sup> Ver o caso dos *Direitos das Minorias na Alta Silésia* C.P.J.I., Série A, n° 15, p. 22. Ver também o caso da *Fábrica em Chorzow*, Série A, n° 17, p. 37-38.

<sup>12</sup> C.I.J., Rec. 1954. p. 32.

<sup>13</sup> C.I.J., Rec. 1978, p. 9.



consentido em sua jurisdição<sup>14</sup>. O mesmo foi declarado pela Corte mais recentemente no Caso de 2008 relativo à *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* entre a Geórgia e a Federação da Rússia<sup>15</sup>.

Isso quer dizer que, salvo pedido de interpretação ou de revisão de uma decisão da C.I.J.<sup>16</sup>, a função jurisdicional é essencialmente de natureza voluntária. Em realidade, ao conceder tal consentimento, os Estados por essa via aceitam o juízo e a autoridade do julgamento. O vínculo entre a autoridade das decisões da C.I.J. e o consentimento dos Estados fica assim bem estabelecido. Em consequência do consentimento das partes em litígio, a jurisdição internacional produzirá um ato jurisdicional normativo de natureza obrigatória e definitiva cujos efeitos serão estendidos às partes conforme a demanda. É bem esse o conteúdo do provérbio «*res inter alios judicata aliis neque nocet prodest*». É igualmente este o significado do artigo 59 do Estatuto da Corte que determina que «a decisão da Corte só é obrigatória para as partes em litígio e no caso em questão». Esse é igualmente o objetivo último do artigo 36 do Estatuto da C.I.J, ou seja, impedir que os direitos de terceiros sejam decididos em definitivo sem o seu consentimento. Eis a realidade inegável do direito internacional.

Tal realidade, contudo, conduz a uma questão elementar. Afinal qual é, verdadeiramente, o alcance do consentimento como fundamento da autoridade da sentença da C.I.J.? Considerando que a própria existência da jurisdição internacional manifesta a necessária cooperação para a manutenção da paz e da segurança jurídica, não seria adequado reconhecer a autoridade do ato jurisdicional como reflexo de um interesse coletivo? Desse ponto de vista, a questão será, portanto, de saber até que ponto a jurisdição internacional é independente dos Estados soberanos, isto é, onde cessam as exigências formais para o estabelecimento da jurisdição e onde começa sua autoridade, independentemente da vontade das partes (A). Por outro lado, não se pode negar a extensão de certa autoridade da sentença da Corte *vis à vis* de terceiros Estados cujos interesses serão atingidos ou afetados pela decisão (B). As decisões da

---

<sup>14</sup> C.I.J., Rec. 1995, p. 101.

<sup>15</sup> C.I.J. Rec 2008.

<sup>16</sup> ‘Seja qual for o modo de decisão inicial da Corte, o consentimento da parte contrária não é necessário para que um pedido com base no artigo 60 do Estatuto seja admissível.’ (Ver o caso de 10 de dezembro de 1985, Rec. 1985. p. 216). O mesmo se aplica aos casos de petições para revisão.



Corte podem igualmente ter certa autoridade *de facto* sobre os terceiros Estados na medida em que interpretam *inter-partes* convenções multilaterais (C). A jurisprudência da Corte pode também produzir efeitos para além do limite das partes na medida em que ela pode servir de inspiração para a produção do direito internacional ou mesmo quando ela revela ou interpreta o verdadeiro sentido de uma norma internacional (D). Finalmente, há também os debates a respeito da natureza *erga omnes* ou o reconhecimento de uma autoridade absoluta de certas decisões jurisdicionais (E).

### **A) – A autoridade da sentença da C.I.J. é estabelecida pela natureza jurisdicional da Corte e tem seu fundamento no interesse coletivo**

Preliminarmente, não se pode admitir o argumento de que o fundamento do direito deva ser encontrado unicamente no próprio direito. A autoridade da sentença não pode residir unicamente no ato jurídico correspondente ao consentimento. Não existe ‘direito puro’ que desconheça os interesses e o movimento da comunidade em que se insere. Isso significa que a autoridade das decisões da C.I.J. responde não apenas a uma consequência unicamente jurídica do ato jurisdicional relacionada ao consentimento, mas também a uma finalidade social de estabilidade e harmonia. A sentença internacional não pode ser compreendida exclusivamente como uma resposta a uma ordem contratual fundada no princípio do *pacta sunt servanda*. A sentença é na realidade um verdadeiro ato jurisdicional que demonstra a afirmação da superioridade da jurisdição enquanto manifestação do ordenamento jurídico da comunidade internacional. Como assinala M. Virally: ‘toda ordem jurídica confere aos destinatários dessas normas direitos e poderes jurídicos que a si mesmos não poderiam atribuir sem essa ordem, a qual lhes impõe obrigações que os vinculam. Por isso mesmo, toda ordem jurídica afirma-se como sendo superior a seus sujeitos, ou então inexistente como norma’<sup>17</sup>.

Assim, deve-se colocar a questão de saber até que ponto, na prática, os Estados controlam o estabelecimento da competência jurisdicional e a autoridade da sentença que dela decorre. As limitações relativas à emenda ou a retirada de um

---

<sup>17</sup> M. Virally, ‘Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne’, *Mélanges offerts à Henri Rolin, Pédone, Paris, 1964*, p. 497.



consentimento eventualmente dado<sup>18</sup>, não demonstram que, na prática, a autoridade da jurisdição ultrapassa com freqüência a vontade imediata e manifesta dos Estados? Do mesmo modo, a liberdade que possui a C.I.J. de analisar o alcance do consentimento, conforme disposto no artigo 36, §6, do Estatuto<sup>19</sup>, não indica que esta pode estabelecer sua própria competência, tantas vezes em detrimento da interpretação do Estado interessado, provocando uma sucessão de atos claramente ditados pelas regras previstas no Estatuto e no Regimento que ela própria estabeleceu, de acordo com o que prevê o artigo 30 do Estatuto<sup>20</sup>? Tal regra expressa no princípio da «competência da competência» implica uma decisão dotada de efeito obrigatório e definitivo e destinada aos Estados

Essa situação relativamente corrente tem origem na possibilidade para os Estados de suscitarem exceções preliminares de competência e de admissibilidade. Nada de mais revelador, portanto, da autoridade da jurisdição do que a oposição dos Estados à interpretação que for dada do seu próprio consentimento. Os exemplos desse desacordo são bastante freqüentes. Existem, contudo, situações excepcionais, como as questões relativas ao *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*<sup>21</sup> ou o caso relativo à *Delimitação Marítima de 1 de julho 1994 entre Catar e Barein*<sup>22</sup>, ou mesmo no caso relativo às *Ações Armadas Fronteiriças entre a Nicarágua e Honduras*<sup>23</sup>, em que a Corte manifestou uma grande liberdade de apreciação. Nesses casos, pode-se mesmo perguntar se ‘a Corte respeitou verdadeiramente à intenção de uma ou de outra parte na causa, cujo respeito escrupuloso é, portanto indispensável à

---

<sup>18</sup> Ver o caso Nicarágua (jurisdição e admissibilidade parágrafos: 63-65).

<sup>19</sup> Tal dispositivo prevê que a Corte tem a competência para avaliar o alcance de sua própria competência.

<sup>20</sup> Artigo 30 do Estatuto da C.I.J.: ‘A Corte formulará um regulamento, de acordo com o qual será determinada a maneira de que suas funções sejam exercidas. Estabelecerá, em particular suas regras do procedimento’.

<sup>21</sup> O Iran não tomou parte no processo. O Estado não apresentou provas documentais, não foi representado na audiência e conclusões não foram apresentadas em seu nome. Contudo, sua atitude definiu-se em duas cartas enviadas pelo Ministro de Negócios Estrangeiros à Corte, nos dias 9 de dezembro de 1979 e 16 de março de 1980. Nelas, o Ministro argumenta que a Corte não pode e não deve assumir o caso. Apesar da posição tomada pelo Irã, a Corte decide que o Estado violou obrigações com os Estados Unidos, definidas em acordos internacionais ainda em vigor nestes países. Caso do dia 20 de maio 1980, C.I.J., Rec. 1980. , p. 3-46.

<sup>22</sup> C.I.J., Rec. 1994, p. 127.

<sup>23</sup> C.I.J., Rec. 1988, p. 82.





observância do fundamento consensual de sua competência’<sup>24</sup>.

O problema, contudo, não se limita unicamente ao poder da Corte de determinar sua própria competência e o alcance do consentimento. Na realidade, se o consentimento pode ser claro e resultar de uma declaração expressa contida em prévio compromisso formal, ele pode igualmente ser presumido após análise de todo ato conclusivo,<sup>25</sup> em especial do comportamento do Estado demandado, em seguida a petição inicial juntada à Corte<sup>26</sup>. De fato, nem o Estatuto nem o Regimento exigem que o consentimento se exprima em formato específico<sup>27</sup>. A Corte ‘nunca pretendeu que o consentimento devesse sempre ser expresso e ainda menos que obedecesse a uma liturgia pré-estabelecida. Com efeito, nas relações entre Estados, é razoável admitir o assentimento tácito, bem como a validade, em certas circunstâncias, de uma presunção de assentimento’<sup>28</sup>. Eis aí a aplicação pela Corte do princípio do *forum prorogatum*<sup>29</sup>.

Isso quer dizer que, apesar da existência de certa jurisprudência indicando as condições necessárias para o estabelecimento da competência da Corte<sup>30</sup>, a realidade é que a apreciação da atitude de certo Estado, enquanto manifestação de seu consentimento, é portanto subjetiva da Corte e a parte demandada não tem mais direito de retroceder, em nome da boa fé ou do *estoppel*. Isso significa que as declarações feitas pelos agentes das partes podem ser vistas pela Corte como indicação fatural da situação, mas também podem ser consideradas dotadas de efeito normativo e compulsório vinculando as partes mediante consentimento. Não faltam exemplos, como demonstra o caso do *Mavrommatis* ou, mais recentemente, o caso das Ilhas *Kasikili Seduku e LaGrand*.

Portanto, pode-se concluir que a jurisdição internacional manifesta

---

<sup>24</sup> P. M. Dupuy, *Droit international public*, 4<sup>o</sup> éd, Dalloz, Paris, p. 486.

<sup>25</sup> O caso dos Direitos das Minorias na Silésia Superior, C.P.J.I., Série A, n<sup>o</sup> 12, 1928, p. 23.

<sup>26</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, p. 859.

<sup>27</sup> *Détroit de Corfu*, C.I.J, Rec. 1947-1948, p. 27.

<sup>28</sup> F. Rezek, ‘Sur le fondement du droit des gens’, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Klumer, La Haye, 1996, p. 273.

<sup>29</sup> Tal mecanismo foi utilizado pela C.P.I.J. no caso dos Direitos das *Minorias na Alta Silésia*, no caso da *Interpretação da Descisão n<sup>o</sup> 3* e no caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina*<sup>29</sup>. A C.I.J. descreveu-o no caso *Haya de la Torre*. A distinção estabelecida entre a jurisprudência do caso do *Estreito de Corfu* e do caso da *Companhia Anglo-Iraniana de Petróleo* é ainda, neste sentido, emblemática.

<sup>30</sup> Tem-se, por exemplo, como estabelecida a jurisprudência que indica que o fato de argumentar sobre questões de mérito, sem suscitar a questão da incompetência da Corte, seria manifestamente uma forma de reconhecimento da competência dessa última.



certo equilíbrio entre a vontade das partes e a autoridade desta na extensão do efeito compulsório e definitivo da sentença internacional. Ao serem reconhecida sua intenção de recorrer à principal jurisdição das Nações Unidas para a solução pacífica de suas controvérsias, os Estados colocam-se *ipso facto* sob o império das regras do direito objetivo que dominam o processo internacional, limitam sua soberania e impõem-lhe certas obrigações<sup>31</sup>. Em outros termos, a sentença judicial não exprime forçosamente a visão das partes, mas é, em larga medida, exterior a essa visão. Resulta que uma vez estabelecido o consentimento pela Corte, o Estado parte em uma controvérsia internacional, não poderia pleitear sua soberania para escapar às obrigações do direito internacional a ele imposto. Em última análise, ainda que a autoridade da sentença decorra formalmente do consentimento, seu alcance normativo está submetido a uma avaliação subjetiva da Corte que independe da aceitação ou do acolhimento pelos Estados.

#### **B) – O potencial de autoridade da sentença da C.I.J. *vis à vis* de terceiros Estados atingidos ou afetados por sua decisão**

A Corte, como no caso relativo à *Controvérsia Territorial e Marítima* entre a Nicarágua e a Colômbia de 2011<sup>32</sup> faz freqüentemente referência ao fato de que seu julgamento é compulsório unicamente para as partes em litígio e no caso decidido. Bem entendido, o vínculo entre o consentimento e a autoridade da sentença permite às partes, seja de se beneficiar do julgado exigindo a execução, seja de se proteger no interior da decisão jurisdicional que determina exatamente o que deve ser executado. Por conseguinte, a sentença jurisdicional se insere em um contexto que não pode prejudicar ou beneficiar terceiros Estados. A delimitação do efeito da decisão jurisdicional relativa às partes que manifestaram o seu consentimento possui assim uma dupla natureza. Inicialmente esse vínculo pretende definir o que deve ser executado e quais as partes que devem fazê-lo. Por outro lado, esse vínculo revela-se como mecanismo de proteção dos interesses de terceiros Estados que não poderiam ser obrigados pelo resultado de uma instância à qual não se apresentaram como

---

<sup>31</sup> E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Pédone, Paris, 1977, p. 123.

<sup>32</sup> C.I.J. Doc 2011. Liste général, par: 66-67.



partes<sup>33</sup>.

Com efeito, se a regra é simples, a realidade dos fatos pode gerar dificuldades alarmantes, pois o vínculo existente entre Estados partes e terceiros Estados apresenta variações potencialmente significativas. Diante de tal desafio a Corte distinguiu os terceiros Estados em uma instância cujo interesse jurídico constitui «o próprio objeto da decisão », dos Estados cujo interesse jurídico será suscetível de ser «atingido, ou afetado» por uma decisão da Corte. A fronteira parece tênue, mas é de profundo significado. No primeiro caso, requereu-se o consentimento para que a Corte possa pronunciar-se. Diferentemente, no segundo caso a Corte sustenta que os interesses dos terceiros Estados já estão preservados pelo disposto no artigo 59 do Estatuto, ou seja, resguardados pela relatividade da decisão da Corte as partes litigantes. Nesta situação, os terceiros Estados suscetíveis de serem «atingidos, ou afetados» pela decisão da Corte não poderiam impedi-la de estatuir sem o seu consentimento, mas guardam a faculdade de intervir nos debates, como indica os artigos 62 e 63 do Estatuto da Corte.

O ponto de partida dessa jurisprudência da Corte pode ser localizado no caso relativo ao *Ouro Monetário Removido de Roma em 1943*<sup>34</sup>. Tal litígio teve início com a petição da República italiana contra a França, o Reino Unido e os Estados Unidos da América<sup>35</sup>. Ocorre que a solução do litígio implicaria necessariamente no tratamento de matéria cujo consentimento da Albânia era necessário. Neste caso, a Corte reconhece que os interesses jurídicos da Albânia - que não era uma das partes - seriam não somente atingidos pela sentença, mas constituiriam o próprio objeto da dita decisão<sup>36</sup>. A Albânia é, portanto parte necessária e, neste sentido, a Corte conclui que 'o Estatuto não pode ser considerado de modo a autorizar implicitamente a continuação do procedimento na sua ausência'<sup>37</sup>. A Corte aplicou a mesma jurisprudência ao decidir, em 30 de junho de 1995, no caso relativo ao Timor Leste que opunha Portugal e Austrália. Neste litígio, Portugal, representando os interesses do

---

<sup>33</sup> Charles Rousseau trata esta relatividade a partir de dois pontos de vista: um *a priori* e outro, *a posteriori*. C. Rousseau, 'Le règlement arbitral et judiciaire et les Etats tiers', Problèmes de droit des gens, Mélanges offerts à Henri Rolin, Pédone, Paris, 1964, p.301.

<sup>34</sup> C.I.J., Rec. 1954, p.9ss.

<sup>35</sup> C.I.J. Rec. 1954, p. 33.

<sup>36</sup> C.I.J., Rec. 1954, pp.19 ss.

<sup>37</sup> C.I.J., Rec 1954, p.32



Timor Leste, denunciava, em uma ação contra a Austrália, a assinatura por Esta com a Indonésia do tratado do *'Timor gap'*. A Corte reconheceu que não poderia se pronunciar acerca de tal demanda na ausência do consentimento da Indonésia, pois o interesse jurídico desta deve ser visto necessariamente como 'o próprio objeto da decisão'<sup>38</sup>.

O real significado do princípio do *'Ouro monetário'* revela então a complexidade de seu paradoxo. De início, a Corte deve declinar sua própria competência e abster-se de julgar nos termos em que a controvérsia foi a ela deferida, se tal fato vier a levá-la a pronunciar-se - expressa ou implicitamente - sobre direitos, pretensões jurídicas ou ainda sobre deveres de Estados com relação às quais, a Corte não tem poderes para julgar, dado que inexistente a base consensual<sup>39</sup>.

A face oculta dessa jurisprudência implica no reconhecimento de que a Corte pode vir a ser conduzida a pronunciar-se indiretamente sobre a situação jurídica de um terceiro Estado visto que ela teria se pronunciado acerca da situação de uma das partes. A Corte de fato admite tal possibilidade na medida em que ela reconhece a distinção entre os interesses de terceiros Estados que podem ser somente afetados por sua decisão, mas não constituem o próprio objeto desta. Nesse caso, a Corte poderia exercer suas funções, julgando o litígio e apelando para a proteção decorrente do artigo 59 de seu Estatuto. Existem diversos exemplos de tal procedimento. No caso relativo à *Controvérsia de Fronteiras* entre a Burkina Faso e a República do Mali, a Corte estimou que 'sua competência não estaria restringida pelo simples fato de que o ponto terminal da fronteira se situe sobre a fronteira de um terceiro Estado que não é uma das partes nessa instância. A Corte considerou finalmente que: 'os direitos do Estado vizinho, o Níger, estão salvaguardados em todo estado de causa pela aplicação do artigo 59 do Estatuto'. Quanto ao fato de saber se considerações ligadas à salvaguarda dos interesses do terceiro Estado envolvido deveria levá-la a abster-se de exercer sua competência para identificar o traçado da linha até o fim, a Corte responde que 'os interesses jurídicos daquele Estado seriam não apenas atingidos, mas haveriam de se constituírem no próprio objeto da decisão. Tal não é o caso atual'<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup>C.I.J., Rec. 1995, p.102.

<sup>39</sup>Giuseppe Sperduti, 'L'intervention de l'Etat tiers dans le procès international: une nouvelle orientation', A.F.D.I., 1986, p.291.

<sup>40</sup>C.I.J., Rec.1986, pp. 547ss.



Mas, finalmente qual será o peso da autoridade da decisão da Corte frente a terceiros Estados? Penso nos direitos e obrigações em parte ou no todo idênticos, pertencentes a um número de Estados, dentre os quais, alguns são partes em um determinado litígio e outros apresentam-se como terceiros. Nesse caso é impossível negar que um juízo da Corte sobre direitos e obrigações das partes teria sido, se não formalmente, pelo menos materialmente um juízo sobre os direitos e deveres dos terceiros Estados. A autoridade da decisão há, portanto de ultrapassar forçosamente a fronteira das partes. Neste sentido, alguns exemplos comprovam a dificuldade da matéria. Em 1986, a Corte não hesitou em resolver a questão de saber se um ataque da Nicarágua contra um dos terceiros Estados (Honduras, El Salvador, Costa Rica) havia ocorrido e, por conseguinte, se um deles tinha direito de agir em autodefesa. Na realidade, ao responder à questão de saber se a ação da Nicarágua - ao apoiar as forças rebeldes em El Salvador - deveria ser vista como ataque armado<sup>41</sup>, a Corte se posiciona sendo, assim, difícil não verificar certa ofensa ao direito de El Salvador de ver a Corte abster-se de resolver uma controvérsia que não lhe havia sido submetida por Este Estado. A Corte chega mesmo a observar 'que é inegável que o direito de El Salvador veio a ser afetado pela decisão da Corte'<sup>42</sup>

O caso relativo a *Certas Terras Fosfáticas em Nauru* é ainda mais notável. Neste caso a Austrália buscava demonstrar que o acordo de tutela concluído no quadro das Nações Unidas em 1947, previa que os três governos do Reino Unido, da Nova Zelândia e da Austrália ficariam conjuntamente encarregados de administrar o território de Nauru. Por conseguinte, a Austrália sustentava a inadmissibilidade da petição de Nauru e a incompetência da Corte alegando que 'todo julgamento sobre a questão da violação do acordo de tutela redundaria em reconhecer a responsabilidade dos terceiros Estados que não consentiram na jurisdição da Corte no caso atual'<sup>43</sup>. A Corte rejeitou a exceção levantada pela Austrália e reafirmou que 'não é necessário que ela se pronuncie sobre a responsabilidade da Nova Zelândia e do Reino Unido a fim de estatuir sobre a responsabilidade da Austrália'<sup>44</sup>. Nessa circunstância, os interesses dos dois Estados não constituem o objeto da decisão a ser pronunciada

---

<sup>41</sup> C.I.J., Rec. 1986, p.36.

<sup>42</sup> C.I.J., Rec. 1986, p.36.

<sup>43</sup> C.I.J., Rec. 1992, p. 250-260.

<sup>44</sup> C.I.J., Rec. 1992, p. 259-261.



sobre o fundo da petição de Nauru e a situação é a esse respeito diferente da que a Corte conheceu no caso do *Ouro Monetário*. Em definitivo, no litígio atual, os interesses jurídicos dos terceiros Estados seriam apenas afetados, mas não se constituíam no próprio objeto da decisão, o que permitiria à Corte exercer suas funções<sup>45</sup>.

Nota-se que a Corte reserva evidentemente a obrigatoriedade de sua decisão as partes litigantes. Mas isso não significa que a decisão não possa vir a ter uma ampla margem de autoridade frente aos terceiros Estados afetados. A comprovação pode ser observada no fato de que, tendo fracassado na fase inicial do processo, o Governo australiano, preferindo aparentemente conjurar qualquer risco de perder a causa preferiu pagar mais de 100 milhões de dólares a Nauru com a condição de este desistir de dar continuidade aos procedimentos legais.<sup>46</sup>. Evidentemente, embora os casos de desistência sejam numerosos, esse entendimento amigável apresenta um aspecto interessante: a Grã-Bretanha e a Nova Zelândia que eram associadas à Austrália, na ocasião dos fatos que Nauru reclamava - mas não eram partes litigantes - participaram do financiamento da transação entre a Austrália e Nauru<sup>47</sup>. Esse acordo ilustra o fato de que a garantia prevista no artigo 59 do Estatuto, bem como a garantia oferecida pelo princípio do *Ouro Monetário*, parecem bem mais formais que reais.

**C) – As decisões da Corte podem apresentar uma autoridade *de facto* sobre os Estados terceiros na medida em que podem interpretar as convenções multilaterais**

Com efeito, uma nova problemática surge quando as decisões da Corte apresentam uma autoridade de tal modo condicionante que chega mesmo a vincular *de facto* os Estados terceiros. Refiro-me, sobretudo, às decisões da Corte que interpretam de forma abstrata as convenções multilaterais. De fato, como observado pela própria Corte: “Não há razão pela qual os Estados não poderiam demandar à

---

<sup>45</sup> B. Conforti, ‘L’arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l’affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Exceptions préliminaires)’, A.F.D.I., 1992, p. 471.

<sup>46</sup> Jean-Marc Thouvenin, «L’arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l’affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie)», A.F.D.I., 1995, p. 334.

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 335.



Corte uma interpretação abstrata de uma convenção. Esta parece ser uma das suas funções mais importantes”. No entanto, qual será a autoridade de uma decisão judicial proferida em uma disputa entre dois Estados Contratantes, *vis à vis* das outras partes contratantes? “O problema se coloca quando é preciso determinar a força obrigatória de uma decisão declaratória acerca de uma interpretação abstrata de um tratado multilateral, no que diz respeito aos signatários que não teriam exercido o seu direito de intervir no julgamento. Nesse sentido, a decisão declaratória restaria para aqueles como uma *res inter alios acta*? Ou seria preciso atribuir a tal julgamento uma força crescente”<sup>48</sup>?

Em face desse impasse, a posição da doutrina não é uníssona. De uma parte, George Scelle faz referência à incorporação da interpretação da regra de direito. Este ilustre jurista reconhece, assim, a aceitação da extensão da autoridade da sentença a todas as partes contratantes, sem distinção da qualidade do signatário. Com efeito, segundo Scelle : ‘Se a decisão internacional conduzir à interpretação abstrata de uma regra de direito positivo [...] convencional, deve-se admitir que esta interpretação objetiva é incorporada à regra de direito uma vez que não se admite a existência de uma interpretação legislativa’<sup>49</sup>. Tal concepção dos efeitos da sentença da Corte Internacional de Justiça é evidentemente contrária ao dispositivo constante no artigo 59 do Estatuto da Corte que dispõe que – para os outros signatários – a sentença entre as partes será necessariamente uma “*res inter alios acta*”.

Nós nos encontramos, portanto, aqui, diante de um problema complexo que pode ser resumido por uma equação um tanto paradoxal<sup>50</sup>. Se a sentença jurisdicional demandada pelos Estados A e B, a qual interpreta certas disposições do tratado sobre as quais esses Estados não estavam de acordo, vier a ser considerada pelos outros Estados contratantes como uma *res inter alios acta*, o tratado pode não mais possuir o mesmo sentido para todas as partes contratantes. Em outras palavras, o mesmo artigo pode vir a ser interpretado, por duas outras partes contratantes em um sentido diametralmente oposto à interpretação original levada a

---

<sup>48</sup> N. Scandamis, *Le jugement déclaratoire entre Etats; La séparabilité du contentieux international*, Pédone, Paris, 1975, p. 289.

<sup>49</sup> Georges Scelle, *Principes de droit public, Cours D.E.S.*, Paris, 1942-43, p. 244.

<sup>50</sup> J. Limburg, *1L’autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales*, R.C.A.D.I., vol. 30, 1929, p. 551.



cabo pelas primeiras partes litigantes. Se, ao contrário, considera-se que a sentença jurisdicional deva possuir autoridade estendida a todos os Estados partes do Tratado, uma interpretação solicitada por duas das partes pode apresentar força obrigatória para todas as outras partes contratantes. Neste caso, as partes contratantes, mas não litigantes poderiam reclamar que estas não teriam manifestado nenhum consentimento sobre o procedimento que acaba de ser concluído; ou, ainda, que elas não teriam necessidade de nenhuma interpretação judiciária, uma vez que estavam em consonância entre si com o sentido das disposições que deram lugar ao processo jurisdicional<sup>51</sup>. Em outras palavras, significa dizer que as partes contratantes, mas não litigantes, não colaboraram para a modificação do Tratado, modificação que, como conseqüência, não poderá apresentar nenhum efeito para elas.

Esta conclusão não esgota, porém, o problema. Pode ocorrer que uma demanda de interpretação de um determinado dispositivo de uma convenção multilateral venha a surgir entre um Estado (que já era parte de uma disputa anterior cujo objeto era a interpretação da mesma convenção) e outro consignatário da mesma convenção (que não era parte na disputa precedente). As possibilidades são inúmeras. De fato, pode ocorrer, ainda, que após uma decisão de interpretação de uma convenção, dois outros consignatários (que não eram partes na disputa anterior) decidam enviar à jurisdição internacional uma nova demanda idêntica de interpretação da mesma convenção. Por fim, há a possibilidade de que se consubstancie uma disputa entre dois Estados em torno da interpretação de uma convenção e que futuramente dois ou mais Estados tenham formalizado entre eles, e de forma separada, exatamente a mesma convenção.

É evidente que, em todos estes casos, se o Estado terceiro não está de acordo com a decisão da Corte e, possuindo este, argumentos de fato e de direito para fundamentar uma posição diferente, nada lhe proíbe de propor uma demanda junto a um tribunal arbitral ou à própria Corte acerca dessa mesma questão. Resta claro que a coisa julgada da primeira decisão não pode ser estendida para a nova demanda, na falta de identidade das partes. Esta regra em nada fica prejudicada pela decisão anterior.

---

<sup>51</sup> J. Limburg, 1L' *autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales*, R.C.A.D.I., vol. 30, 1929,, p. 551.





Entretanto, a autoridade *de facto* da decisão precedente é de tal forma conclusiva que não se vê claramente como uma jurisdição internacional possa vir a interpretar de duas maneiras distintas uma convenção em razão de uma nova disputa entre outras partes. Corre-se o risco, pois, que o peso da primeira decisão intervenha de forma decisiva na balança, ou caso contrário, permita que se estabeleça uma contradição entre duas decisões sendo a segunda contrária à primeira<sup>52</sup>. Pode-se concluir, pois, que a autoridade *de facto* de uma decisão anterior pode ir além de uma simples clarificação do direito. A necessidade social, mais do que nunca, aumenta o potencial de autoridade da decisão anterior sem exigir, para tanto, que a jurisdição internacional reproduza o seu fundamento formal.

A jurisprudência da Corte demonstra claramente essa controversa possibilidade. Refiro-me, por exemplo, ao fato de que - no caso relativo às Ações Armadas Fronteiriças e Transfronteiriças (competência e admissibilidade)<sup>53</sup> entre Nicarágua e Honduras - não há como negar o impacto da interpretação dada pela Corte do artigo XXXI do pacto de Bogotá, que fundamentou o estabelecimento da sua competência, sobre as relações dos outros Estados-partes contratantes do referido pacto. Por se tratar de convenção multilateral este mesmo artigo, e a referida interpretação da Corte, pode evidentemente servir de base para novas solicitações e arguições de competência. Outro exemplo pode ser observado no caso *da Elettronica Sicula S.P.A.*<sup>54</sup>. Nesta ocasião a C.I.J. analisa e interpreta os artigos III, V et VII do Tratado de Amizade, de Comércio e de Navegação (FCN) entre os Estados Unidos e a Itália, assim como o artigo primeiro do acordo complementar<sup>55</sup>. No entanto, essas disposições jurídicas foram constantemente reafirmadas em numerosos tratados com características similares e foram, também, ratificadas pelos Estados Unidos frente a diferentes partes<sup>56</sup>. Com efeito, a C.I.J. teve a oportunidade de analisar e interpretar outras disposições figurando sobre os Tratados (FCN) no caso do *Incidente aéreo de 3*

---

<sup>52</sup> J. Salmon, 'Autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye', *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Nemesis, Bruxelles, 1988, p.33.

<sup>53</sup> C.I.J., Rec. 1988, pp. 69-107

<sup>54</sup> C.I.J., Rec. 1989, pp. 15-82.

<sup>55</sup> C.I.J., Rec. 1989, pp. 48-49.

<sup>56</sup> Dezesseis instrumentos deste tipo serão concluídos pelos Estados Unidos, notadamente com a Alemanha, China, Dinamarca, Iran, Irlanda, Itália e Japão. Patrick Juillard, « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice (Chambre) du 20 juillet 1989 dans l'affaire de *L'Elettronica Sicula* (Etats-Unis c. Italie) procès sur un traité ou procès d'un traité' », A.F.D.I., 1989, pp. 288-289.



de julho de 1988<sup>57</sup>, no caso das *Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua e Contra Esta*<sup>58</sup> e, ainda, na questão das *Plataformas Petrolíferas (República Islâmica do Iran c. Estados Unidos da América – exceção preliminar)*<sup>59</sup>.

Há, finalmente, outro importante exemplo. No caso relativo à *Aplicação da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* de 1996, a Bósnia Herzégovina apresentou sua demanda contra a Ex Iugoslávia com base no artigo IX da Convenção sobre o Genocídio. A Corte aceitou seus argumentos e considerou-se competente sob esse fundamento. Ela chega, até mesmo, a reafirmar a sua posição mediante uma segunda decisão no caso da *Demanda de Revisão da Sentença de 11 de julho de 1996*. Todavia, a C.I.J., na ocasião de uma nova demanda provocada pela Sérvia e Montenegro contra 8 Estados membros da Otan, decidiu sobre o mesmo ponto e questão de uma maneira consideravelmente diferente. Com efeito, em 8 decisões de 15 de dezembro de 2004, a C.I.J não se reconheceu competente com base no mesmo dispositivo previsto na Convenção de 1948 que havia previamente fundado sua competência.

O que vale destacar, portanto, neste momento, não é o reconhecimento da capacidade da Corte, para julgar de forma distinta, demandas de casos ou questões de natureza similar. Este é sem dúvida o fundamento contido no artigo 59 de seu Estatuto. O que nos interessa, aqui é demonstrar a oposição marcante diante da tomada de tal posicionamento. Na realidade, longe da unanimidade conveniente a uma decisão da Corte Internacional de Justiça, observa-se que, neste caso, 7 juízes juntaram uma declaração individual criticando, de uma maneira consideravelmente enérgica, a referida decisão da Corte<sup>60</sup>.

#### **D – A autoridade da sentença da C.I.J. pode ir além das partes e do caso decidido, tendo em vista sua aptidão para revelar ou inspirar a formação do direito internacional**

---

<sup>57</sup> G. Guyomar, ‘L’ordonnance du 13 décembre 1989 dans l’affaire de *l’Incidente aérien du 3 juillet 1988*, Iran c. Etats-Unis’, A.F.D.I., 1990, pp. 390-394.

<sup>58</sup> Fred L. Morison, ‘Treaties as a Source of Jurisdiction Especially in U.S. Practice’, ‘The International Court of Justice at crossroads’, Lori-F. Damrosch, Transnational publishers, New York, 1987, p. 65.

<sup>59</sup> O caso das Plataformas petrolíferas (República Islâmica do Iran c. Estados Unidos da América) (exceção preliminar), C.I.J. Rec. 1997, §§. 12-16.

<sup>60</sup> A. Pellet, *The Statute of the International Court of Justice, A commentary: Article 38*. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, p. 786.



O artigo 38, §1, (d), do Estatuto da C.I.J, prevê o caráter não vinculante das decisões jurisdicionais precedentes e, por conseqüência, sua utilização como meio auxiliar de determinação das regras de direito. Essa interpretação formal está de acordo com o previsto no artigo 59 do Estatuto da C.I.J. e se justifica no fato de que, temendo que o precedente vinculante aportasse à Corte uma grande influência sobre o desenvolvimento do direito internacional, os Estados delegaram à principal jurisdição das Nações Unidas a competência exclusiva para declarar o direito e não para criá-lo<sup>61</sup>.

Nesse contexto, uma nova questão se coloca. Seria a autoridade da sentença emanada da C.I.J. capaz de ir além das partes e do caso decidido, uma vez que ela é apta a revelar ou inspirar a formação do direito internacional<sup>62</sup>. A resposta é formalmente simples, mas um olhar atento pode revelar uma profunda complexidade já que a Corte inegavelmente reconheceu, como foi observado por Fitzmaurice, que suas decisões devem ser vistas como ‘*authority, but not necessarily as authoritative*’<sup>63</sup>.

A questão, como aponta a Corte nas objeções preliminares relativas à questão da Nigéria no caso das *Fronteras Terrestres e Marítimas* de 1998, é a de saber por qual razão ela não deve seguir seus argumentos anteriores<sup>64</sup>. De fato, a própria Corte se esforça para recordar, sistemática e exaustivamente, suas posições anteriores com relação a um mesmo ponto. Ela pretende, assim, demonstrar a constância de seus julgados, a continuidade de sua jurisprudência e a harmonia no desenvolvimento do direito internacional. Na realidade, a referência à sua própria jurisprudência tornou-se um dos traços mais característicos da prática levada a efeito pelas duas Cortes<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Como destaca a C.I.J. no caso do *Camarão Septentrional*, exceções preliminares: ‘a função da Corte é de dizer o direito’, C.I.J., Rec. 1963, pp. 33-34.

<sup>62</sup> A. Boyle, C. Chinkin, ‘The making of International Law’, 268, 2007.

<sup>63</sup> G. Fitzmaurice, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice’, vol. I, p. xxxii, note-22.

<sup>64</sup> C.I.J., Rec 1998, pp. 275-292.

<sup>65</sup> S. Bastid, ‘La jurisprudence de la Cour internationale de Justice’, R.C.A.D.I., vol. I, 1951, p.631. G. Scelle, ‘Les sources des diverses branches du droit, Essais sur les sources formelles du droit international’, in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Paris, 1934, III, p. 427. H. Lauterpacht, ‘The Development of International Law by the International Court’, Stevens and Sons, Londres, 1959, p. 15. Julio-A. Barberis, ‘La Jurisprudencia Internacional como Fuente de Derecho de Gentes Segun la Corte de la Haya’, *ZoV*, vol. 31, 1971, pp. 641-670. S. Rosenne, ‘The Law and the Practice of the International Court’, Martinus Nijhoff, La Haye, 1997, pp. 231-232. Assim, no caso *Mavrommatis-C.P.J.I.*, série A, n°2, p. 16, a C.P.J.I. faz referência a seu parecer consultivo de 7 de fevereiro de 1923 no caso do *Decreto de Nacionalidade promulgado na Tunísia e no Marrocos* (C.P.J.I.,



Apenas como exemplos recentes, podemos ver que, no caso de *Kasikili Sedudu* de 1999, a Corte fez referência à sete jurisprudências anteriores unicamente para mostrar que a atuação prática das partes logo após o estabelecimento dos tratados deve ter sua importância reconhecida no momento de sua interpretação<sup>66</sup>. Da mesma forma, consoante a opinião consultiva da Corte relativa às *Conseqüências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado*<sup>67</sup>, a Corte fez 28 referências cruzadas à decisões precedentes<sup>68</sup>.

Tal realidade deixa claro que, não obstante o fato de a Corte julgar de acordo com as circunstâncias e ter a prerrogativa de dar soluções diferentes em razão da conjectura delineada, do momento da demanda e das características da questão não se pode negar a força do precedente na formação do direito internacional.

Mas isso não é tudo. Na verdade, como reagir quando a Corte serve como agente revelador e formador do direito internacional? Na realidade, já no seio do Comitê consultivo de juristas encarregados de elaborar o projeto do Estatuto da C.P.J.I.<sup>69</sup>, a questão de saber se as decisões jurisdicionais declaram o direito existente ou se elas contribuem para a criação do direito internacional foi levantada, e a solução encontrada não ocultava uma considerável ambivalência<sup>70</sup>. Ao julgar, a Corte faz, normalmente, uma escolha entre diversas possibilidades normativas. Contudo, ela não relega seu poder de decidir em razão do silêncio ou da obscuridade do direito. Dito isto, ela pode igualmente interpretar o sentido das normas internacionais, embora não

---

série B, nº4-, p. 12). No parecer consultivo relativo a *Escola Minoritária na Albânia*, a C.P.J.I. faz referência ao seu parecer consultivo nº 7 e ao parecer consultivo nº6 (C.P.J.I., série A/B, nº64, p. 20). No caso da *Companhia de Eletricidade da Sofia e da Bulgária*, a Corte insiste sobre o que ela já havia dito no caso do *Fosfato do Marrocos* (C.P.J.I., série A/B nº77, p. 82). No caso da *Reparação dos Danos Oriundos do Serviço das Nações Unidas*, a C.I.J. reconhece o 'implied power' e apoia sua constatação sobre o fato de que a C.P.J.I. já o havia considerado em seu parecer consultivo nº13 (C.P.J.I., série B, nº13, p. 18). No caso do parecer consultivo Relativo a *Competência da Assembléia Geral para a Admissão de um Estado nas Nações Unidas*, a Corte incorpora aquilo que ela já havia preceituado no caso do *Serviço Postal Polonês*, C.I.J. Rec.1950, p. 8. No caso Relativo a Certos Empréstimos Noruegueses, a Corte funda sua decisão sobre a jurisprudência da C.P.J.I. (C.I.J., Rec.1957, pp. 23-24).

<sup>66</sup> C.I.J. Rec. 1999, pp. 1045-1076.

<sup>67</sup> C.I.J., Rec. 2004, pp. 135, 154-156

<sup>68</sup> A. Pellet, *The Statute of the International Court of Justice, A commentary: Article 38*. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, p. 785.

<sup>69</sup> 'Segundo a proposta histórica seguida pelo Barão Descamps no Comité Consultivo de Juristas, o juiz, quando da solução de disputas internacionais deve considerar, *inter alia*, a jurisprudência internacional como um meio para a aplicação e desenvolvimento de direito. M. Bos, 'A Methodologie of International Law', North Holand, Amsterdam, 1984, pp.75-76. C.P.J.I., Comité consultatif des juristes, Procès-Verbaux des Séances du Comité, 16 juin -24 juillet 1920, avec annexes, La Haye, 1920, pp. 673-695.

<sup>70</sup> M. Shahabuddeen, 'Precedent in the World Court', Grotius Publications, Cambridge, 1996, p. 48.



possa revisá-los<sup>71</sup>. Nesse caso, não restam dúvidas de que a Corte pode contribuir para o desenvolvimento do direito internacional<sup>72</sup>. Tal fato já foi inclusive devidamente reconhecido pela Assembléia Geral desde 1947.

A solução de um caso específico, em direito internacional, possui profundas repercussões. Os conceitos utilizados podem alcançar um valor quase legislativo a despeito de todas as explicações jurídicas que pretendem determinar que a sentença tem necessariamente um efeito normativo apenas entre as partes envolvidas<sup>73</sup>. Na realidade, a distinção entre os conceitos de desenvolvimento progressivo (que teoricamente deve preencher a lacuna oriunda do silêncio do direito e respeitar a natureza *inter partes* da decisão) e o eventual exercício legislativo da Corte é de tal modo estreita que se pode chegar a confundi-los segundo as conveniências<sup>74</sup>.

A Corte não resta insensível a esses argumentos. Sua jurisprudência no caso da *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* é clara. A Corte determina que a intenção do demandante, (...), não é de obter uma orientação para que ela indique o dever do defensor de observar certas disposições para a salvaguarda dos direitos do demandante, mas, principalmente, que a Corte faça uma declaração definindo esses direitos, declaração esta que 'clarificaria a situação jurídica em consonância à intenção do conjunto da comunidade internacional'<sup>75</sup>. Com efeito, na decisão proferida no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* a C.I.J. explicitamente admitiu que, a despeito do artigo 59 de seu Estatuto, um raciocínio e uma conclusão jurídica dela proveniente poderia ser invocado diretamente nas relações entre Estados terceiros. Assim, a Corte sustenta que: 'é evidente que toda decisão sobre a situação do Ato de 1928, pelo qual a Corte declarava que esta é ou não é mais uma convenção em vigor, poderia influenciar as relações de outros Estados além da Grécia e da Turquia'<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> C.I.J. Rec. 1966, par. 91.

<sup>72</sup> A. Pellet, 'Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making, in Looking to the Future': 'Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman', pp. 1065-1083.

<sup>73</sup> Opinião do Juiz Azevedo no caso do *Droit d'asile*. C.I.J., Rec.1950, p. 332.

<sup>74</sup> W. M. Reisman, 'Judge Shigeru Oda: Reflections on the formation of a Judge', in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2002, p.66

<sup>75</sup> C.I.J. Rec. 1993, pp. 325-344.

<sup>76</sup> C.I.J., Rec.1978, p. 17.



Na realidade, a autoridade da sentença emanada da Corte frente a terceiros pode apresentar uma abordagem consideravelmente progressiva. De fato, ainda que a Corte evite fazer referência a certa capacidade legislativa, ela não hesita, quando isso lhe parece necessário, a interferir no processo de elaboração normativa, seja quando ela completa a norma, seja quando ela a influencia seja, ainda, quando ela decide prevenir ou retardar as evoluções em curso<sup>77</sup>. Isto posto, não se trata mais de demonstrar o vínculo entre uma sentença e uma decisão precedente, mas de verificar que, apesar do que dispõe o artigo 59 do Estatuto da Corte, algumas decisões já consolidadas e clássicas tornar-se-ão decisivas para a formação do direito internacional e possuirão uma autoridade que vai além das partes e do caso decidido. O jogo de palavras entre o exercício legislativo e o desenvolvimento progressivo do direito aparece, assim, como uma proteção puramente cosmética.

Esse cenário é tão verdadeiro, que no caso *Mavrommatis* e no caso relativo à *Usina de Chorzow*, a C.P.J.I. elaborou os princípios fundamentais do direito da responsabilidade internacional. O parecer consultivo concernente à *Reparação dos Danos Sofridos no Serviço das Nações Unidas* reconheceu, finalmente, a personalidade jurídica das Organizações Internacionais. Por outro lado, o parecer consultivo referente às *Reservas a Convenção sobre o Genocídio* representou uma reconsideração ou um reexame das regras aplicáveis às reservas nos tratados multilaterais. O caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* delineou, também, a origem das regras que orbitam em torno da plataforma continental. A questão da *Delimitação Marítima no Mar Negro* definiu igualmente as etapas segundo as quais deve se pautar o procedimento de delimitações das plataformas continentais ou das zonas econômicas exclusivas ou, ainda, a concepção de uma simples linha demarcatória. Ademais, o caso das *Pescarias* contem declarações importantes relativas às regras que trataram das águas costeiras. A comprovação do que se expõe pode ser encontrada na observância da celeridade com a qual os pareceres emanados pela Corte foram devidamente transpostos para a Convenção de Genebra de 1958<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> A. Pellet, ‘L’adaptation Du droit international aux besoins changeants de la société internationale’, Conférence inaugurale session de droit international public, Académie de Droit International de la Haye, 2007, p. 44.

<sup>78</sup> M. Shahabuddeen, ‘Precedent in the World Court’, Grotius Publications, Cambridge, 1996, p.209. H.Thierry, ‘L’évolution du droit international’, R.C.A.D.I., vol.222, 1990, p. 42.



Isso demonstra, em outra perspectiva, que a sentença da C.I.J. pode apresentar certa autoridade independente do consentimento, vez que as fórmulas jurisprudenciais podem subsidiar as principais fontes do direito internacional e, assim, contribuir, de maneira decisiva, para a criação de normas de natureza obrigatória, ainda que por outros meios. Há, nesse intento, importantes exemplos ilustrativos. O reconhecimento do princípio do recurso ao objeto e à finalidade do tratado como critério de validade das reservas contido no artigo 19, alínea c, da Convenção de Viena de 1969, foi previsto pela decisão da Corte acerca das reservas à Convenção para repressão do crime de Genocídio. O artigo 74, parágrafo 1 e o artigo 83, parágrafo 1, da Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar prevêm o princípio do resultado equitável, o qual deve levar à delimitação da plataforma continental ou da zona econômica exclusiva. Este foi fortemente inspirado pela decisão da Corte no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* de 1969.

Contudo, o movimento inverso é igualmente possível. A Corte pode reconhecer, a partir da autoridade de sua sentença, a influência dos trabalhos de codificação do direito internacional e, assim, contribuir para sua formação. Um claro exemplo pode ser observado quando a Corte faz referência aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional (C.D.I.), que ainda não foram objeto de decisão de codificação. Nestes casos, ainda não existia a aceitação definitiva dos Estados. Esse foi o contexto da decisão da Corte no caso *Gabcikovo Nagymaros* de 1997. Nesta sentença, a Corte menciona, expressamente e por várias vezes, o projeto de artigo da C.D.I. sobre a responsabilidade dos Estados, embora este estivesse ainda em sua primeira leitura. Com efeito, a adoção definitiva do texto foi somente alcançada em 2001. Este não é, porém, o único exemplo. Pode-se, no mesmo ensejo, citar a decisão do caso *Ahmadou Sadio Diallo* de 2007 (exceção preliminar)<sup>79</sup> que se refere aos trabalhos da CDI relativos à proteção diplomática ainda em segunda leitura.

A relação entre a C.I.J. e a C.D.I. é, portanto, conveniente. De fato, se a C.D.I. não é um órgão legislador por natureza, ela vem sendo considerada um instrumento intermediário na formação da norma bastante utilizado. É certamente útil para a C.D.I. observar a transformação que a Corte pode operar com relação a seus trabalhos, fazendo referência aos mesmos. Para a Corte, é igualmente conveniente vir

---

<sup>79</sup> C.I.J. Rec. 2007, par 39-93.



a se abrigar sob o manto dos trabalhos da C.D.I. visando, assim, para estabelecer a existência de uma regra jurídica quando ela lhe parece oportuna<sup>80</sup>. Com efeito, a partir dos trabalhos da C.D.I., a Corte pode encontrar uma fórmula apta a justificar o fato de sua decisão ser a expressão do direito internacional, conforme as exigências previstas no artigo 38 de seu Estatuto. Em outros termos, a decisão da Corte, ao fazer referência aos trabalhos da C.D.I., reconhece sua decisão como expressão de um direito cuja autoridade, evidentemente, vai além das partes.

Isso quer dizer que a contradição entre o poder que a Corte possui de declarar o direito existente e sua alegada incompetência para criá-lo é apenas ilusória. Certamente, a Corte não é um órgão dotado de competência legislativa, como ela demonstrou em seu parecer consultivo de 8 de julho de 1996, concernente à *Licitude da Utilização de Armas Nucleares*. A C.I.J. expressa o direito existente, mas não realiza uma atividade legiferante. Essa realidade persiste, ainda, nas situações em que a Corte, em expressando e aplicando o direito, deve, necessariamente, precisar seu alcance e, por vezes, constatar sua evolução<sup>81</sup>. Não há dúvidas sobre essa questão. Entretanto, nada a impede de interpretar as regras e princípios do direito internacional<sup>82</sup> e, como a Corte não pode se abster de julgar sob o pretexto de insuficiência ou obscuridade do direito positivo, ela é claramente forçada a preencher essas lacunas.

Essa competência abre uma nova perspectiva. Com efeito, a jurisprudência pode exercer um papel muito mais amplo na formação do direito internacional, quando a Corte descreve e explica o conteúdo de um costume internacional, ou, ainda, no momento em que ela interpreta uma regra geral de direito internacional. Nesses casos, a Corte esclarece o que ela entende por direito internacional e determina o significado de uma norma apreendida de uma das fontes formais de produção do direito internacional<sup>83</sup>. Desta feita, a autoridade da decisão da Corte pode ir além das partes. Tal capacidade não decorre do art. 59 de seu Estatuto em si, mas do fato de a decisão jurisdicional não só demonstrar o significado de uma

---

<sup>80</sup> A. Pellet, 'L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale', *R.C.A.D.I.* 2007, tome 329, Nijhoff, Leiden/Boston 2008, pp. 9-47.

<sup>81</sup> C.I.J. Rec. 1996, p. 237.

<sup>82</sup> Luigi Condorelli, 'L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes', *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, S.F.D.I., Pédone, Paris, 1987, p. 307.

<sup>83</sup> W.Jenks, 'The Prospects of International Adjudication', Stevens and Sons, Londres, 1964, p. 671.





norma consuetudinária, mas esclarecer o seu conteúdo.

Neste caso, pode ocorrer que, no momento em que a Corte decide em consonância com uma decisão anterior, não se venha a reconhecer com isto o caráter obrigatório de uma decisão análoga. Não se aplicaria nesta circunstância a regra do *stare decisis* ou do precedente vinculante em direito internacional. Na realidade, a Corte apenas julga em conformidade com aquilo que está previsto no artigo 38 de seu Estatuto e que estabelece as fontes do direito internacional. Isso significa que em certas situações, a autoridade do precedente é praticamente obrigatória para as disputas e conflitos futuros, não por serem estes vinculantes, mas por constituírem a verdadeira expressão das regras de direito internacional<sup>84</sup>.

#### **E) – A autoridade *de facto erga omnes* de uma decisão da Corte Internacional de Justiça**

Tem-se finalmente uma situação potencialmente ainda mais complexa e delicada. Afinal, como traçar uma delimitação de uma fronteira bilateral territorial ou marítima face aos Estados terceiros interessados? A Corte responde, como de costume, que as incertezas relativas a um ponto triplo devem ser determinadas pela situação distinta que ocupa as partes e os Estados terceiros dentro do processo jurisdicional. Nesse sentido, a C.I.J. recorre freqüentemente à jurisprudência no caso da *Plataforma Continental* (demanda da Itália visando à intervenção), que determina que 'quando o Estado estima que, em um determinado conflito, um interesse de ordem jurídica está para ele em disputa, ele pode, a teor do que dispõe o artigo 62, submeter uma demanda visando à intervenção e realizar, assim, uma economia processual ou se abster de intervir, limitando-se ao que está previsto no artigo 59 do Estatuto<sup>85</sup>.

Evidentemente, como sustenta a Corte no caso do Burkina Faso e da República do Mali, a intervenção não é obrigatória<sup>86</sup>. Mas, se esta ocorrer, o Estado interventor pode ainda não se tornar parte e, por conseqüência, não adquirir os direitos relativos à lide, ou seja, este não seria submetido às obrigações decorrentes da

---

<sup>84</sup> M. Shahabuddeen, 'Precedent in the World Court', Grotius Publications, Cambridge, 1996, p. 109.

<sup>85</sup> C.I.J., Rec.1984, p.26.

<sup>86</sup> C.I.J. Rec. 1986, par.46



sentença<sup>87</sup>. Em outras palavras, se a proteção de terceiros é assegurada em virtude do artigo 59, pode-se questionar qual efeito útil ou a eficácia da intervenção<sup>88</sup>.

A relação entre a intervenção de terceiros e a autoridade da sentença não é desprovida de interesse. Pode-se, efetivamente, tratar-se de uma situação excepcional na qual o artigo 59 do Estatuto protege os interesses do terceiro Estado, de maneira imperfeita ou não satisfatória, dada a natureza dos direitos envolvidos e as possíveis conseqüências da decisão da C.I.J.. Há, de fato, circunstâncias em que a decisão da Corte poderia aportar um prejuízo irreparável a um Estado terceiro<sup>89</sup>. Com efeito, o caráter declaratório das apreciações da Corte, as conclusões e motivos jurídicos sobre os quais uma decisão seria fundada podem provocar, inevitavelmente, impactos e influências sobre as relações ulteriores, sobretudo quando se trata de um ponto triplo marítimo ou terrestre<sup>90</sup>. A dúvida persiste no que pese a coexistência dos artigos 59 e 62 do Estatuto da C.I.J.. Na realidade, se o artigo 59 sempre forneceu uma proteção suficiente aos Estados terceiros e se esta proteção é feita de tal modo a impedir que o interesse do Estado terceiro seja realmente colocado em pauta em um caso, então, o artigo 62 não possui nenhuma utilidade.

O dilema que recai sobre C.I.J. pode ser, ainda, mais complexo quando, em situações excepcionais, a máxima *res inter alios acta* vier a ser admitida apenas como um corolário excessivo de um princípio geral de direito<sup>91</sup>. Tanto no direito internacional como no direito interno, as decisões de caráter objetivo normalmente possuem uma validade *'de facto'* estendida a todos os sujeitos membros do grupo social<sup>92</sup>. Com efeito, ainda que em regra geral o direito internacional não conheça a distinção entre as decisões *'in personam'* e as decisões *'in rem'*<sup>93</sup>, é certo que as

---

<sup>87</sup> C.I.J., Rec. 1990, pp. 134-136.

<sup>88</sup> E. Decaux, 'L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur la requête à fin d'intervention dans l'affaire du Plateau continental entre la Libye et Malte', A.F.D.I., 1985, p. 282.

<sup>89</sup> C.I.J., Rec. 1984, pp. 46-47.

<sup>90</sup> CR 81/4, p. 10

<sup>91</sup> H. Rolin, 'Les principes du droit international public', R.C.A.D.I., vol. 77, 1950, p.437.

<sup>92</sup> G. Scelle, 'Essai sur les sources formelles du droit international', Mélanges Geny, Paris, 1935, p.426.

<sup>93</sup> 'Existem dois tipos separados e distintos de decisões judiciais; uma classificada como ordinária, a qual se propõe determinar direitos, responsabilidades e interesses apenas entre as partes litigantes, e outra que, embora afete incidentalmente as partes imediatas, possui como principal objetivo a determinação final do status de pessoa ou coisa, e, assim, é conclusiva em geral. As primeiras decisões são usualmente denominadas decisões *in personam*, ou *inter partes*, enquanto aquelas últimas são reconhecidas como decisões *in rem*'. S. Bower and Turner, 'The Doctrine of *Res Judicata*', Butterworths, Londres, 1969, p.198.



sentenças de natureza objetiva que versem sobre a soberania territorial de um Estado ou sobre a delimitação de fronteiras marítimas e terrestres entre dois Estados e - neste caso, não é preciso traçar as distinções entre os dois<sup>94</sup>, - podem fazer exceção (*de facto*) à relatividade da decisão jurisdicional<sup>95</sup>.

A razão para o cenário exposto é simples. O estatuto territorial apresenta-se nas relações internacionais como uma situação objetiva oponível a todos o que evidencia um efeito '*erga omnes*'<sup>96</sup>. Na realidade, falar de direitos de soberania relativos a uma parte somente assemelha-se fortemente a uma contradição nos termos<sup>97</sup>. A realidade é que a decisão da Corte, em um caso de delimitação, cria, direta ou indiretamente, uma situação objetiva que se reflete no mapa e sobre o território<sup>98</sup>. Em outras palavras, uma sentença determinando os limites territoriais de um Estado ou uma linha fronteira em uma plataforma continental pode, excepcionalmente, apresentar força obrigatória (*de facto*) para os Estados terceiros<sup>99</sup> que, em razão de um elemento de estabilidade e permanência e, por não possuírem nenhum direito próprio para pleitear, não poderão contestar a demarcação judiciária de uma fronteira sem contato com seu território<sup>100</sup>. A sentença jurisdicional pode criar um fato incontestável ao nível político. A idéia de que a soberania de um Estado possui um caráter objetivo inegável e que, deste modo, ela pode ser oposta não somente a seus vizinhos imediatos, mas também aos outros membros da comunidade internacional, é a consequência racional do reconhecimento de um título de soberania territorial de valor '*erga omnes*'.

Mas, em se considerando que esse interesse jurídico existe como é o caso da fixação de um ponto triplo, é essencial reconhecer os limites das disposições previstas no artigo 59. Finalmente, como sustentar que uma delimitação relativa a zonas de plataforma continental seria uma operação puramente bilateral? Nestes casos não há dúvida de que se trata de regiões onde se sobrepõem e se cruzam os

---

<sup>94</sup> O caso entre Camarões e a Nigéria (intervenção da Guiné Equatorial). C.I.J. Rec. 2002, par. 238.

<sup>95</sup> C.P.J.I., Série C, n°66, p.2794.

<sup>96</sup> C. de Visscher, 'La chose jugée devant la Cour internationale de la Haye', R.B.D.I., 1965-1, p.9.

<sup>97</sup> R. Jennings, Opinião dissidente no caso do *Plateau continental*, (demanda da Itália visando à intervenção).

<sup>98</sup> Alegações no caso da *Plataforma Continental*, C.R. 1984/6, p.62.

<sup>99</sup> J. Salmon, 'Autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye', Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, Nemesis, Bruxelles, 1988, p.31.

<sup>100</sup> C.I.J. Rec. 1978, par. 85.



direitos de uma pluralidade de Estados costeiros e insulares<sup>101</sup>. A dificuldade de se considerar o artigo 59 como proteção suficiente aos interesses de Estados terceiros pode ser observada na transformação efetuada pela própria jurisprudência da Corte.

Nesse diapasão, a Corte decidiu ainda em 1986, no caso relativo às *Fronteiras Terrestres* entre Burkina Faso e Mali, fazer referência ao artigo 59 e, deste modo, determinou que o presente julgamento não deveria ser oposto ao Niger. Entretanto, esse recurso à salvaguarda proposto pelo artigo 59 do Estatuto veio a ser futuramente abandonado no julgamento de 2005 entre o Benin e o Niger. Nestes termos, a jurisprudência atual preferiu se abster de definir com precisão os contornos do ponto triplo indicando apenas uma direção para a fronteira. Em deixando, pois, a localização do ponto triplo indeterminada, a Corte espera, assim, melhor proteger os interesses dos Estados terceiros. Tal opção demonstra claramente os limites do artigo 59 do Estatuto. As mesmas hesitações podem ser constatadas quando de delimitações marítimas. Cumpre destacar a observação da Corte nesse sentido em vários julgados recentes, dentre eles o caso entre o Qatar e o Bahrein ou entre a Romênia e a Ucrânia<sup>102</sup>.

## CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é a autoridade da sentença da C.I.J. pode ter uma dupla aparência e neste caso é preciso atentar-se para não confundir a autoridade (*de facto*) face aos Estados terceiros e a autoridade da *res judicata*. As duas idéias são bem distintas e a segunda não decorre da primeira<sup>103</sup>. O ponto essencial que aqui se enseja é que uma decisão pode apresentar uma autoridade real frente à comunidade internacional e os Estados terceiros que pode ir além dos limites do consentimento, mas, qualquer que seja seu objeto, o caráter definitivo da sentença não atingirá terceiros. Não há, portanto que se falar no impedimento de terceiros de

---

<sup>101</sup> C.R. 1984/6, p.68.

<sup>102</sup> Caso da Plataforma Continental (Tunísia / Líbia), C.I.J. Rec. 1982, p. 91, Caso da Plataforma Continental (Líbia / Malte), solicitação de investigação, C.I.J., Rec. 1984, p. 27, Caso da Plataforma Continental (Líbia / Malte), C.I.J. Rec. 1985, p. 26-28; Caso da Fronteira Terrestre e Marítima entre Camarões e a Nigéria (intervenção da Guiné Equatorial), C.I.J. Rec. 2002, par. 238, 245.

<sup>103</sup> E. Grisel, '*Res judicata: l'autorité de la chose jugée en droit international*', Mélanges Georges Perrin, Payot, Lausanne, 1984, pp.156-157.



sustentar e revindicar o mesmo objeto judicialmente. De fato, a ampliação do campo de aplicação da coisa julgada implicaria que nenhum Estado, seja ele parte ou terceiro, poderia discutir novamente o caso já decidido. Essa conclusão não é aceitável. Com efeito, não há como admitir que, no direito internacional, o julgamento realizado acerca de um ponto determinado possa vir a ser imposto a todos os terceiros no processo.

A conclusão é que a autoridade da decisão da Corte não se confunde com a exceção da *res judicata*. Não se trata de contestar a natureza definitiva da sentença frente às partes, mas de demonstrar que a idéia segundo a qual o consentimento é o único fundamento da autoridade da sentença – pode ser sobreposta por uma autoridade *de facto* que pode ir além da vontade manifestada pelos Estados.



## TRIBUNAL DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: DISCIPLINA DA OMC

*Renata Vargas Amaral<sup>104</sup>*

**Resumo:** O sistema da OMC para resolver disputas comerciais é o resultado de mais de quatro décadas de experiência com GATT 1947. Ao contrário do GATT 1947, que teve uma abordagem diplomática, o sistema da OMC tem claramente uma orientação legal. Entretanto, a compreensão do sistema de solução de disputas da OMC só é possível através da observação da experiência com a solução de disputas durante o período do GATT, antes da criação da OMC. De fato, pode-se argumentar que o sistema de solução de controvérsias da OMC foi uma das conquistas mais importantes da Rodada Uruguai. Em 1995 o sistema acrescentou a segurança e previsibilidade que estava faltando nas relações comerciais multilaterais. Esta comunicação é dedicada à breve exploração de disposições selecionadas do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESD), com o objetivo de promover uma visão global dos elementos necessários à maior reflexão do tema.

**Palavras-chave:** GATT, Órgão de Solução de Controvérsia (OSC), Organização Mundial do Comércio (OMC), comércio internacional, disputas comerciais.

### **Abstract**

The WTO system to solve commercial disputes is the result of over four decades of experience with GATT 1947. Unlike the GATT 1947, which had a diplomatic approach, the WTO system has a clear legal guidance. However, understanding the dispute settlement system of the WTO is only possible through the observation of the experience with dispute resolution during the GATT period, before the creation of the WTO. In fact, one could argue that the dispute settlement system of the WTO was one of the most important achievements of the Uruguay Round. In 1995 the system added the security and the predictability that was missing in multilateral trade relations. This communication is devoted to the brief exploration of selected provisions of the Dispute Settlement Understanding (DSU), with the aim of promoting an overview of the elements necessary for further consideration of the subject.

**Keywords:** GATT, Dispute Settlement Body (DSB), World Trade Organization (WTO), international trade, trade disputes.

## JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

O sistema de solução de disputas da OMC foi elaborado de acordo com o regime pré-existente do GATT. Isso é tão certo que apesar de ser um sistema orientado por regras, as consultas e negociações – como eram feitas durante o GATT –,

---

<sup>104</sup> Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina e por *Maastricht University* (Holanda). Consultora em Comércio Internacional.



ainda são um passo fundamental antes de prosseguir para a criação de um painel no OSC<sup>105</sup>.

Antes de prosseguir para a explicação do mecanismo de solução de disputa da OMC, é necessário identificar o que está dentro do escopo de aplicação do sistema. A competência do sistema é ressaltada no Artigo 1 do ESC. De acordo com o primeiro parágrafo, o ESC deve ser aplicado a qualquer consulta ou disputa relacionada aos acordos listados no Anexo 1<sup>106</sup>.

De acordo com o Artigo 1.2 do ESC, as regras do Entendimento devem ser aplicadas em observância às regras específicas presentes em qualquer dos acordos cobertos. Como referência, desde o primeiro parágrafo é possível extrair informação de que o objetivo básico da ESC é evitar conflito<sup>107</sup>. É importante notar que o ESC não foi pensado como mecanismo de sanção, mas antes como um mecanismo para evitar conflitos comerciais, e para trazer de volta o equilíbrio das relações comerciais entre países quando há algum tipo de inconsistência.

De fato, várias disposições de ESC enfocam o objetivo do sistema de retirar qualquer inconsistência com os acordos da OMC, assim como assegurar uma solução positiva para eventual disputa. Mais, pela interpretação do entendimento há uma clara preferência para a solução alcançada entre as partes, que é tanto positiva quanto consistente com os acordos da OMC<sup>108</sup>.

As disposições gerais do ESC estão dispostas no Artigo 3 do Entendimento. No primeiro parágrafo o Entendimento estabelece a aderência aos princípios dos Artigos XXII e XXIII do 1947 GATT. Em seguida, reconhece que a solução

---

<sup>105</sup> O processo de consulta já está no texto do Artigo XXII, GATT 1947: "Cada parte contratante deve fazer considerações simpáticas e dar oportunidades adequadas para consulta com relação a tais representações como devem feitas por outra parte contratante com respeito a qualquer tema que afete a operação deste acordo". Livre tradução de: "*Each contracting party shall accord sympathetic considerations to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this agreement*".

<sup>106</sup> Artigo 1.1, ESC. Os acordos listados no Apêndice 1 são: (i) Acordo Criando a OMC; (ii) Acordos de Comércio Multilateral e (iii) Acordos de Comércio Plurilateral. Referente aos Acordos Plurilaterais de Comércio, de acordo com o texto do Apêndice 1, sua aplicação "deve estar sujeita a adoção de decisão pelas partes para cada acordo dispondo os termos para a aplicação do Entendimento ao acordo individual". Publicado online em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-ESC\\_e.htm#appendix1](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-ESC_e.htm#appendix1)>. Acessado em fev. 2011.

<sup>107</sup> Artigo 1.2, ESC.

<sup>108</sup> Ver também Jackson, 2002, p. 258.



de disputa é a peça chave no sistema de comércio multilateral, dando segurança e previsibilidade aos membros das relações comerciais<sup>109</sup>.

Entretanto, de acordo com o Artigo 3, o Entendimento serve não só para preservar os direitos e obrigações dos membros, mas também para esclarecer as disposições existentes. A interpretação das disposições da OMC deve ser feita de acordo com as regras costumeiras de direito internacional público, com referência clara à Convenção de Viena.

É de se notar que o próprio ESC faz referência aos princípios de direito internacional público para guiar os painéis e o Órgão de Apelação<sup>110</sup>. A OMC é uma organização internacional, estabelecida sob um tratado de direito internacional público. Assim sendo, a OMC está sob a disciplina do Direito Internacional Público (doravante DIP) e tem aí suas raízes.

Mais, como uma organização internacional, princípios gerais de DIP e de responsabilidade do Estado devem ser observados pelos membros e secretariado. Assim, o direito da OMC excede a esfera do DIP, e estabelece seus próprios remédios e responsabilidade estatal para as quebras de suas regras. Isso é permitido pelo DIP e, de fato, como defendido já defendido, o Direito da OMC “desenvolve regras secundárias que desviam, refinam e adaptam o direito internacional geral”<sup>111</sup>.

Como sugerido por Luiz Olavo Baptista, o sistema de solução de disputa da OMC é uma experiência singular de Direito Internacional. O sistema estabeleceu uma jurisdição compulsória para tratar de assuntos relacionados ao comércio, bem como a possibilidade de aplicar sanções aos membros que insistem em manter medidas inconsistentes com as regras da OMC<sup>112</sup>.

Em que pese o temor de possíveis problemas que pudessem surgir no cumprimento de um sistema legalista que substituísse a natureza diplomática do GATT, um sistema com mais ênfase na adjudicação do que na negociação tem suas vantagens. Primeiro, o sistema dá mais espaço para o uso de poder político e econômico nos casos envolvendo países com uma considerável diferença de tamanho

---

<sup>109</sup> Artigo 3, ESC.

<sup>110</sup> Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 23.

<sup>111</sup> Oliveira, 2006, p. 2.

<sup>112</sup> Ver Baptista, 2007, p. 16.





de mercado. Nesse sentido um sistema legalizado ao invés de um sistema orientado para a negociação deveria ser mais justo ou, no mínimo, mais previsível<sup>113</sup>.

Ainda, um sistema legalista dá mais senso de segurança para suas relações, comerciais, neste caso. Com regras claras para disciplinar as relações, os membros da OMC têm um mapa do comportamento que devem adotar nas suas ações internas e externas no tocante ao comércio. Ao mesmo tempo, os membros têm a possibilidade de reclamar sobre inconsistências de regras da OMC cometidas por outros membros perante um órgão jurídico.

Um forte argumento em favor de um sistema legalista e judicante se relaciona ao cumprimento de regras da OMC. Há uma inclinação a se acreditar que um sistema legalista resulta num índice mais alto de cumprimento de regras e decisões da OMC. Realmente, como afirmado por Davey, um sistema judicante: (i) desencoraja os violadores de regras porque todos os membros têm conhecimento de que ao violar regras da OMC eles terão que prestar contas; (ii) dessa experiência pode ser concluído que o painel e Órgão de Apelação são normalmente implementados<sup>114</sup>. Na verdade, atualmente há um índice de cumprimento de recomendações e decisões da OMC de aproximadamente 83%<sup>115</sup>.

A questão da jurisdição do OSC se limita aos acordos cobertos pela OMC. Isso significa que a violação de regras de direito internacional que não se refiram a acordos da OMC não devem ser julgadas por painéis e/ou pelo Órgão de Apelação. Apesar disso, não há conexão entre limitação de jurisdição e a lei aplicável nos casos trazidos perante o OSC. Na falta de restrição, os painéis, assim como o Órgão de

---

<sup>113</sup> Considerando possíveis problemas de um sistema legalista, William J. Davey diz que críticos sugerem que isso criaria conflito na organização e que casos errados seriam quebrados para a organização, minando o sistema do GATT. Davey, 2002, p. 247-251. Também, Robert Hudec indica a possibilidade de casos errados serem apresentados perante o OSC, diminuindo o prestígio do GATT e suas regras. Hudec, 1980. p. 159.

<sup>114</sup> Davey, 2003, p. 5.

<sup>115</sup> Davey, 2005, p. 12. O índice geral alto de cumprimento de recomendações da OMC não afeta a importância das apresentações por três razões básicas: (i) ao não garantir o cumprimento das decisões em 100%, o sistema de solução de disputa tem problemas e deve ser revisado; (ii) toda decisão não implementada pode causar problemas econômicos e sociais consideráveis aos membros envolvidos nas disputas – e talvez ao sistema de comércio multilateral como um todo; (iii) o índice de 83% é geral e não reflete o índice de cumprimento/cumprimento quando o querelante é uma economia muito menor do que o réu.



Apelação, têm liberdade para recorrer às várias fontes de direito internacional para resolver a disputa<sup>116</sup>.

Joost Pauwelyn explica que os painéis também têm jurisdição incidental, com quatro objetivos básicos: (i) interpretar o pedido das partes a fim de isolar o assunto real relacionado ao caso e identificar o centro do pedido; (ii) o princípio da *la competence de la competence*, que se refere à determinação de quando uma jurisdição tem que decidir um assunto; (iii) decidem se alguém deve deixar de exercer jurisdição substantiva ou não que tenha estabelecida de maneira válida; (iv) jurisdição incidental para decidir todos os assuntos relacionados ao exercício de jurisdição substantiva e inerente à função judicial<sup>117</sup>.

Finalmente, o sistema de solução de disputa da OMC não tem jurisdição consultiva, somente uma jurisdição contenciosa<sup>118</sup>.

## PROCEDIMENTOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O mecanismo de solução de controvérsias da OMC é um dos instrumentos mais importantes do sistema multilateral de comércio e é responsável pela eficácia atribuída a essa Organização.

Além do conjunto de regras que tem como objetivo dar previsibilidade e segurança jurídica aos procedimentos do painel da organização, o sistema de solução de disputas da OMC apresenta a característica peculiar de aplicar sanções às quebras de suas regras. Ainda que o ESC não mencione a palavra “sanção”, a possibilidade de compensação e retaliação implica a noção de sanção para lidar com as inconsistências.

De fato, a possibilidade de aplicar sanções é bem limitada em outras organizações internacionais por conta das restrições impostas pelos próprios Estados, ligadas ao conceito vestfaliano de soberania. Como argumentam Barral e Prazeres, a limitação de outras organizações internacionais eventualmente impõe limites ao direito internacional público<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Ver Bartels, 2001, p. 503; Pauwelyn, 2003, p. 456-471.

<sup>117</sup> Pauwelyn, 2003, p. 448.

<sup>118</sup> Van den Bossche, 2005, p. 190.

<sup>119</sup> Barral; Prazeres, 2002, p. 28.



Todavia, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC é responsável pela criação de um espaço para negociação dentro da Organização para os países envolvidos em disputas. Ainda, o sistema contribui para a redução de distorções arbitrárias de mercado bem como a redução de medidas econômicas unilaterais pelos membros.

Basicamente, o sistema de solução de controvérsias integrado consiste num Conselho Técnico e num Conselho Geral, além dos painéis constituídos pelos árbitros e o Órgão de Apelação permanente. A solução de disputas da OMC consiste então em um sistema unificado com jurisdição mais ampla e escopo menor para impor compras de regras<sup>120</sup>.

Os procedimentos para acessar o sistema são brevemente explicados abaixo.

## CONSULTAS

A fim de ativar o sistema de solução de controvérsias da OMC, o primeiro passo obrigatório é o pedido formal de consulta ao Estado respondente e a notificação ao Conselho Geral da OMC.

A consulta é entendida como sendo uma oportunidade de indagar membros sobre medidas que afetem a operação de quaisquer acordos sob o escopo da OMC. Durante as consultas, as partes envolvidas tentam se colocar a par dos fatos, das possíveis inconsistências e dos argumentos legais do membro reclamado. A esperança da OMC é de que os membros cheguem numa solução sem ter que invocar o processo formal de solução de disputas. O ESC não determina a maneira como as partes devem conduzir a consulta, que fica a critério das partes<sup>121</sup>.

Todo o procedimento de consultas deve ser confidencial, e a participação restrita aos membros envolvidos, e aqueles com permissão de se juntar à consulta. No caso de uma solução mútua não ser alcançada, todo o material relevante é coletado durante as consultas para ser usado como informação pelo painel.

---

<sup>120</sup> Petersmann, 1997, p. 178.

<sup>121</sup> Ver Davey; Jackson; Sykes, 2002, p. 259.



A esse respeito, a confidencialidade exigida pelo Artigo 4.6 do ESC determina que as partes consultantes não mostrem nenhuma informação obtida nas consultas a qualquer outra parte não envolvida naquela consulta. O painel do caso *Coréia - Impostos sobre Bebidas Alcoólicas* confirmou essa informação e afirmou que a essência das consultas é permitir que as partes juntem informação correta e relevante para ajudar os membros a alcançar uma solução mutuamente desejável, ou no caso de isso não ocorrer, ajudar os membros a apresentar informação apurada ao painel<sup>122</sup>.

Além da consulta, o ESC estabelece procedimentos feitos de forma voluntária pelas partes na disputa se for acordado. Esses procedimentos estão no Artigo 5, e se referem aos bons ofícios, conciliação e mediação<sup>123</sup>.

## PAINÉIS

Se as partes não chegarem a um consenso durante as consultas, o Artigo 6 do ESC determina a criação de um painel *ad hoc* composto de três pessoas (excepcionalmente, cinco).

De acordo com o Artigo 6.1, um painel deve ser formado no segundo encontro do OSC depois do encontro no qual o pedido para a formação do painel aparece pela primeira vez como ponto de pauta do OSC<sup>124</sup>.

No primeiro encontro no qual o pedido para a formação do painel for feita, o respondente poderá recusar o pedido, forçando outro encontro com novo pedido para o próximo encontro do OSC. Na prática não se nota o respondente

---

<sup>122</sup> Relatório do Painel, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (EC) – WT/DS75/R* (17 Setembro 1998) para. 10.23.

<sup>123</sup> Os três procedimentos são tratados pelo ESC como técnicas de solução que também são confidenciais, e podem ser iniciadas ou terminadas a qualquer momento. O conciliador geralmente faz uma proposta escrita para a solução da disputa baseada na sua própria investigação. O mediador é um participante mais ativo que une as partes fazendo sugestões de solução para a disputa. Ver Matsushita; Mavroids; Schoenbaum, 2003, p. 27.

<sup>124</sup> Artigo 6.1, ESC diz que: “Se a parte querelante assim o quiser, o painel pode ser criado no último encontro do OSC seguindo aquele no qual o pedido aparecer como item de pauta, a menos que naquele encontro o OSC decida por consenso pela não criação do painel”. Livre tradução de: “*If the complaining party so requests, a panel shall be established at the latest DSB meeting following that at which the request first appears as an item on the DSB’s agenda, unless at that meeting the DSB decides by consensus not to establish a panel*”.



geralmente bloqueando o primeiro pedido de painel, com intenção de retardar o processo<sup>125</sup>.

É importante notar que o painel deve ser formado no encontro do OSC subsequente, a menos que decidido por consenso para negar sua formação. O consenso negativo é uma inovação importante no sistema de solução de disputa multilateral, implementado pela OMC em 1995.

A fim de formar o painel, o Artigo 6.2 determina quatro condições básicas: (i) o pedido tem que ser escrito (ii) devem haver indicações sobre se houve ou não consultas; (iii) podem haver identificação de medidas sujeitas à disputa e; (iv) o reclamante deve entregar um resumo das bases legais para o pedido<sup>126</sup>.

Os juízes do painel são escolhidos entre indivíduos bem qualificados, governamentais ou não, de uma lista mantida pelo Secretariado da OMC. Além disso, os membros do painel devem ser escolhidos em uma maneira tal que assegure a independência dos membros com experiências amplas e diversas<sup>127</sup>.

Os painéis estão presentes no sistema de solução de controvérsias para assistir o OSC no cumprimento com suas responsabilidades, sob o Entendimento e sob os acordos cobertos pela OMC. Essa é a razão pela qual o painel deve fazer uma prévia apreciação objetiva dos fatos. Ao assistir o OSC, os painéis farão recomendações e estabelecerão regras de acordo com acordos cobertos<sup>128</sup>.

## ÓRGÃO DE APELAÇÃO

O ESC criou outra inovação em 1994 – o Órgão de Apelação –, que é a corte de segunda instância da OMC. Diferentemente dos procedimentos de apelação, conciliação, boas práticas, mediação e painéis de arbitragem, a possibilidade de uma revisão da apelação é algo único no que tange as disputas comerciais internacionais<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 57.

<sup>126</sup> Artigo 6.2, ESC. Note-se que as consultas não são obrigatórias em cada caso. Essa é a razão pela qual o Artigo 6.2 pede que os membros indiquem se as consultas foram ou não feitas. Para informação detalhada ver Li; Mercurio; Yang, 2005, p. 59-60.

<sup>127</sup> Artigo 8.1 e 8.2, ESC.

<sup>128</sup> Artigo 11, ESC.

<sup>129</sup> Ver Petersmann, 1997, p. 187.



O ESC dá a possibilidade de que qualquer ou ambas as partes apelem da decisão do painel.

O Órgão de Apelação é composto por sete membros indicados para um mandato de quatro anos. Os membros não podem ser afiliados a qualquer governo, e os juízes normalmente trabalham em grupos de três membros. O Órgão de Apelação tem o poder de segurar, modificar ou reverter as interpretações legais adotadas pelo painel<sup>130</sup>.

Além disso, o Órgão de Apelação está autorizado a se basear em seus próprios procedimentos para a operação do Órgão, em consulta com o Presidente do OSC e o Diretor-Geral. Os procedimentos do Órgão de Apelação são chamados “Procedimentos Processuais para Revisão de Apelação” e estão disponíveis no sítio eletrônico da OMC<sup>131</sup>.

A revisão do Órgão de Apelação é limitada assuntos relacionados a leis e interpretações legais adotadas pelo relatório do painel. Entretanto, por causa do poder dado ao Órgão de Apelação no Artigo 17.13, a revisão das decisões de painéis estão sendo ampliadas.

Como apontado por Petersmann, a função estritamente legal do Órgão de Apelação foi entendida como um substituto orientado à regra, frente à prática política do sistema GATT. Os relatórios dos painéis durante o GATT, especialmente durante as negociações da Rodada do Uruguai, estava sendo cada vez mais abusados<sup>132</sup>.

Seguindo esta seção, a fase de cumprimento merece atenção especial, por se tratar do momento no qual os membros enfrentam suas maiores dificuldades. A implementação das decisões adotadas pelo OSC por parte membros que violaram as regras da OMC, faz com que assuntos relacionados ao cumprimento e aplicação das decisões do sistema da OMC venham à tona.

## IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES

---

<sup>130</sup> Artigo 17.13, ESC.

<sup>131</sup> Site oficial da OMC: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/ab\\_procedures\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_procedures_e.htm)>.

<sup>132</sup> Ver Petersmann, 1997, p. 186.



A fase de implementação da decisão é atualmente um tema dos mais sensíveis no tocante ao sistema de solução de controvérsias. O problema envolve não só a dificuldade de implementação propriamente dita no tocante ao Estado réu, mas, também, a provável falta de responsabilização do violador com vistas a forçar o cumprimento.

Se por um lado, o objetivo do OSC é o de corrigir a inconsistência do sistema e reequilibrar as relações comerciais entre os membros, por outro lado, o órgão dispõe de mecanismos para o caso do não cumprimento de decisão adotada.

É verdade que o pronto cumprimento de recomendações e regras do OSC é responsável – em grande parte –, pela credibilidade do mecanismo de solução de disputa da OMC. Essa é a razão principal pela qual muita atenção deve ser dedicada ao que ocorre durante o período de implementação.

Ademais, convém ressaltar que o objetivo principal da fase de implementação de decisões adotadas pelo OSC é induzir o Estado a cumprir as decisões, tornando a lei doméstica consistente com as obrigações assumidas perante a OMC. De acordo com o texto do ESC, a decisão do OSC não tem caráter punitivo ou reparador.

## **REMÉDIOS DA OMC: MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO E SUSPENSÃO DE CONCESSÕES**

No caso do membro violador não tornar a medida consistente em conformidade com os acordos da OMC num período de tempo razoável, o membro vencedor tem basicamente duas alternativas, quais sejam: pode buscar compensação por danos causados ou, pedir autorização ao OSC para suspender as concessões comerciais ou outras obrigações da OMC, em relação as suas obrigações com o respondente.

As medidas de compensação e suspensão de concessões (também chamadas de contramedidas) sob Artigo 22:1 do ESC são medidas disponíveis como opções temporárias no caso do não cumprimento de recomendações e regras do OSC, dentro do período de tempo razoável.

Diferentemente das negociações bilaterais, nas quais os membros têm liberdade para chegar num consenso sem a interferência da OMC durante as



consultas, as “contramedidas” devem ser aprovadas pelo OSC antes de serem aplicadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema legal da OMC é um grande contribuinte do bom funcionamento do comércio multilateral. Ao submeter todos os membros às mesmas regras, ele realmente reduz algumas desigualdades. Tendo com base princípios de não discriminação, o sistema da OMC reprime ações unilaterais – especialmente de países poderosos –, e ajuda no processo de corrigir os desequilíbrios entre países.

Finalmente, merece atenção ainda, nesta breve comunicação, o efeito vinculante das regras e recomendações do OSC. Com efeito, os membros da OMC têm uma obrigação *pacta sunt servanda*, de acordo com a qual os membros concordam voluntariamente em ceder, compulsoriamente, a terceiros o direito de dirimir suas disputas comerciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Direito é História. In: Baptista, Luiz Olavo; Celli Junior, Umberto; Yanovich, Alan (org.) *10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de Controvérsias. In: BARRAL, Welber. (org.). *O Brasil e a OMC*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BARTELS, Lorand. Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. In: *Journal of World Trade*. 35(5): 499-519. The Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

Davey, William J. Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority? In: *Journal of International Economic Law*, Vol. 79, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=289249>>. Acesso em: 16 Jan. 2008.

\_\_\_\_\_. The Dispute Settlement Mechanism. In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 03-08, 2003. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=419943](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419943)>. Acesso em: 5 Maio 2011.

\_\_\_\_\_. Evaluating WTO Dispute Settlement: What Results Have Been Achieved Through Consultations and Implementation of Panel Reports? In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 05-19, 2005a. Disponível





em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=863865](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=863865)>. Acesso em: 6 Maio 2011.

\_\_\_\_\_. The WTO Dispute Settlement System: the first ten years. In: *Journal of International Economic Law*. Vol. 8 (1), p. 17-50, 2005b.

\_\_\_\_\_. Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions. In: *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper No. 05-16, 2005c. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=862786](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=862786)>. Acesso em: 7 May 2011.

DAVEY, Willian J.; JACKSON, John H.; SYKES JR., Alan O. *Legal Problems of International Economic Relations: cases, materials and text on the National and International Regulations of Transnational Economic Relations*. 4<sup>th</sup> ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2002.

HUDEC, Robert. GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: an unfurnished business. In: *Cornell International Law Journal*. V. 13. N. 2. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1980.

LI, Yongjie; MERCURIO, Bryan; YANG, Guohua. *WTO Dispute Settlement System: a detailed interpretation*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

MATSUSHITA, Mitsuo; MAVROIDS, Petros C.; SCHOENBAUM, Thomas J. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. New York: Oxford University Press, 2003.

OLIVEIRA, Barbara. *The Relation Between WTO Law And Public International Law: The applicable law in Dispute Settlement at the WTO*. University College London, 2005. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=903052](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903052)>. Acesso em: 6 Maio 2011.

PAUWELYN, Joost. *Conflicts of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: University Press, 2003.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Kluwer Law International Ltd, 1997.

VAN DEN BOSSCHE, P. *The Law of the World Trade Organization*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.



## DESAFIOS DO CASO DA PULVERIZAÇÃO DE HERBICIDAS NA CORTE INTRNACIONAL DE JUSTIÇA

Patrícia Grazziotin Noschang<sup>133</sup>

**Resumo:** As controvérsias envolvendo questões sobre a proteção do meio ambiente na esfera internacional estão cada vez mais frequentes em todas as jurisdições. A Corte Internacional de Justiça da Haia na competência jurisdicional e consultiva que lhe é pertinente julgar demanda entre Estados não escapa dessas questões contemporâneas. O objetivo do presente trabalho é apresentar, o desafio trazido pelo caso Equador v. Colômbia que inclui um novo argumento juntamente com a preservação ao meio ambiente: a saúde da população.

**Palavras-chave:** Corte Internacional de Justiça. Meio Ambiente. Pulverização por herbicidas.

**Abstract:** Cases concerning protection of the environment at the international level are increasingly frequent in all jurisdictions. The International Court of Justice in the Hague and advisory jurisdiction on it deems relevant demand among States does not escape these contemporary issues. The aim of this paper is to present the challenge brought by the case Ecuador v. Colombia that includes a new argument together with the preservation of the environment: population health.

**Keywords:** Aerial Spraying. Environment. International Court of Justice. Meio Ambiente.

### Introdução

O meio ambiente surge como argumento nas controvérsias internacionais juntamente com os tratados sobre a matéria que normatizaram a proteção e o respeito ao meio ambiente. Significa afirmar que tais controvérsias são contemporâneas partindo do século XX quando os Estados começam a se reunir e firmar os tratados pró meio ambiente. As disputas envolvendo o meio ambiente surgiram juntamente com as antigas disputas de delimitação de fronteiras e as questões econômicas, no entanto nessas controvérsias<sup>134</sup> o meio ambiente não era o argumento principal apresentado pelos Estados, mas a violação da soberania

---

<sup>133</sup>Doutoranda e Mestre e em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professora de Direito Internacional no curso de graduação da Universidade de Passo Fundo/UPF-RS.



terrestre/marítima (exploração do mar territorial ainda não delimitado pela Convenção de Montego Bay) ou o descumprimento de um compromisso internacional. A preservação ou dano ao meio ambiente não era argumento relevante a ser invocado numa controvérsia internacional, nem mesmo a preocupação com a saúde da população<sup>135</sup>. Desta forma, a proteção e a preservação desses são questões contemporâneas, assim como o surgimento de tais alegações na jurisprudência de tribunais internacionais, principalmente no que tange a saúde pois a Corte Internacional de Justiça ainda não teve nenhum caso semelhante a esse. A proteção à saúde da população é argumento já bastante presente no sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) porém não no foro em que está sendo proposta. Esse trabalho busca apresentar os novos desafios que a CIJ encontrará no caso Equador v. Colômbia.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi criada juntamente com a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Contudo, a CIJ é sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) a qual foi estabelecida juntamente com a Liga das Nações em 1921. Desta forma, o Estatuto da CIJ é o mesmo que regia a CPJI, pois tal tratado define apenas o procedimento e questões de organização da Corte. A competência da CIJ estende-se apenas aos Estados que reconheçam a sua jurisdição e está aberta a todos os tipos de demandas que as partes tiverem interesse em submeter a sua apreciação.<sup>136</sup> O objetivo desse trabalho é apresentar brevemente as

---

<sup>135</sup> Os Estados Unidos iniciaram a reparação as vítimas e familiares sobreviventes ao dióxido de carbono (agente laranja) utilizado contra os vietnamitas apenas agora, praticamente 50 anos após as emissões que mataram e deixaram marcas hereditárias na população exposta. Os Estados Unidos deram início a uma operação de limpeza no Vietnã para ajudar o país a se ver livre dos agentes químicos jogados por forças americanas sobre florestas do país há 50 anos. Entre essas substâncias químicas esteve o conhecido desfolhante agente laranja, usado para ajudar a expor as forças inimigas dos americanos durante a Guerra do Vietnã. Resíduos tóxicos da substância, como a dioxina, penetraram no solo e lençóis d'água de regiões do país, provocando casos de câncer, defeitos de nascença e outras deficiências físicas. O projeto irá custar US\$ 41 milhões (R\$ 83 milhões) e será realizado por duas empresas dos Estados Unidos em cooperação com o governo vietnamita. O solo e sedimentos contaminados serão escavados e aquecidos a uma alta temperatura para destruir o veneno. BBC Brasil. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/08/120809\\_agente\\_laranja\\_rn\\_as.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/08/120809_agente_laranja_rn_as.shtml)>. Acesso em 10 ago. 2012.

<sup>136</sup> NOSCHANG. Patrícia Grazziotin. A Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a Preservação do Meio Ambiente: uma análise dos conflitos em Haia sob a ótica do direito ambiental. In: SHORNARDIE. Elenise F. (Org) *Ambiente e Justiça Ambiental*. Ijuí: Unijuí, 2010.; Artigo 36. 1. A competência da Corte se estende a todos os litígios que as partes a submetam e a todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou nos tratados e convenções vigentes. 2. Os Estados partes neste presente Estatuto que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem



controvérsias da CIJ nas quais os Estados poderiam ter argüido pró meio ambiente, demonstrando que a saúde não foi argumento presente. Nesse sentido, primeiramente observar-se-á a jurisprudência da CIJ até o primeiro caso que realmente trouxe o meio ambiente como questão principal – o caso das papeleras e em seguida o caso da pulverização de herbicidas na fronteira entre o Equador e a Colômbia ainda pendente de julgamento.

## I - O Plano Colômbia

A partir de 1990 as plantações de coca que estavam localizadas no Peru e Bolívia migraram para as regiões sul e central da Colômbia. Essa mudança ocorreu, devido a iniciativa norte-americana de erradicar com o cultivo de coca. Os governos do Peru e Bolívia seguiam rigorosamente a “[...] política norte-americana militarizada do cultivo de coca, [...]”<sup>137</sup>, o que levou a migração do cultivo da coca para o outro lado da fronteira, tornando a Colômbia o principal produtor de folha de coca. Desta forma, “a área de cultivo de coca que era de 40.100 hectares, em 1990, passou para 163.300 hectares, em 2000.”<sup>138</sup> A Colômbia recebeu, então, a proposta dos Estados Unidos no ano 2000, que tinha como objetivo acabar com o tráfico de drogas nas Américas. Essa proposta foi denominada de Plano Colômbia.

A iniciativa tratava de pulverizar o plantio de coca com a substância herbicida glifozato que, a empresa americana Monsanto patenteou sob o nome de

---

jurídica que tratem sobre: 3. a interpretação de um tratado; 4. qualquer questão de direito internacional; 5. a existência de todo feito que, se for estabelecido, constituirá violação de uma obrigação internacional; 6. a natureza ou extensão da reparação que seja feita pela quebra de uma obrigação internacional. 7. A declaração a que se refere este Artigo poderá ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade por parte de vários ou determinados Estados, ou por determinado tempo. 8. Estas declarações serão remetidas para seu depósito ao secretário Geral das Nações Unidas, que transmitirá cópias delas às partes neste Estatuto e ao Secretário da Corte. 9. As declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional que estiverem ainda em vigor, serão consideradas, respeito das partes no presente Estatuto, como aceitação da jurisdição da Corte internacional de Justiça pelo período que ainda fique em vigência e conforme os termos de tais declarações. 10. Em caso de disputa sobre se a Corte tem ou não jurisdição, a Corte decidirá. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/>>. Acesso em: 19 mai. 2012.

<sup>137</sup>SANTOS, Marcelo. *O conflito colombiano e o Plano Colômbia*. SENHORAS, Eloi Martins; CAMARGO, Julia Faria. (Org). Boa Vista: Editora da UFRR, 2011. p.51.

<sup>138</sup>*Idem*. p.51.



Roundup<sup>139</sup>. A Monsanto forneceu à Colômbia toneladas do produto para colocar em prática a operação proposta, incluindo as plantações localizadas na fronteira do território colombiano com o Equador e outros Estados. Sendo assim, desde aquela data a Colômbia tem utilizado aviões e helicópteros para pulverizar com herbicidas plantações de coca e papoula localizadas na fronteira com o Equador. Além dos aviões, em algumas ocasiões, invadirem o território equatoriano sem autorização, a população localizada na área atingida relatou graves reações adversas a saúde. Foram percebidos sintomas como queimação, irritação nos olhos, feridas na pele, sangramento intestinal e até mortes.<sup>140</sup> Ademais, ainda ocorreram danos as culturas locais de subsistência agrícola da população como a mandioca, banana, café, feno.<sup>141</sup>

Segundo pesquisa realizada pela Pontificia Universidade Católica do Equador, a fumigação afetou o DNA da população local. "Mostras de sangue de 24 equatorianos, que vivem a uma distância de até três quilômetros da fronteira apresentaram aberrações de cromossomos entre 600% e 800% superiores aos das pessoas que vivem a 80 quilômetros.",<sup>142</sup> comprovando o dano à saúde da população equatoriana.

## II – A controvérsia na Corte Internacional de Justiça

Em 2008 Estado equatoriano considerou ter esgotado as negociações bilaterais sobre o uso inadequado do herbicida glifozato em regiões fronteiriças e buscou a solução da controvérsia em outro plano. A demanda foi protocolada na CIJ buscando reparação dos danos causados à saúde da população, à propriedade e, ao meio ambiente originários da má utilização desse produto pelo Estado colombiano.<sup>143</sup> A jurisdição da Corte foi confirmada com base no art. XXXI do Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Controvérsias, denominado de Pacto de Bogotá<sup>144</sup>, e na

---

<sup>139</sup> LEAHY, Stephen. Novos estudos expõem danos do glifosato. *Terramérica*. Disponível em: <<http://www.tierramerica.info/nota.php?lang=port&idnews=250>>. Acesso em: 28 mai 2012.

<sup>140</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 27 mai 2012. p.4-6.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> LEAHY, Stephen. Novos estudos expõem danos do glifosato. *Terramérica*. Disponível em: <<http://www.tierramerica.info/nota.php?lang=port&idnews=250>>. Acesso em: 28 mai 2012.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> ARTICULO XXXI. De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado



Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988<sup>145</sup>, assinado por ambos os Estados. O fundamento jurídico, também tem por base o trabalho elaborado, em 2001, pela Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission - ILC*) sobre prevenção de danos transfronteiriços na utilização de substâncias perigosas, intitulado de *Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, que concede a CIJ uma grande oportunidade de validar uma norma costumeira, atestando a aplicação desse importante trabalho da Comissão.

O dano à saúde da população já foi utilizado como argumento em outros foros como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. No caso da OMC a proteção a saúde e o meio ambiente é chamada cláusula de exceção, com fundamento no artigo XX<sup>146</sup> do Acordo Geral de Tarifas de Comércio da OMC (*General Agreement on Tariff and Trade – GATT*), o qual evita que o princípio do livre comércio seja absoluto. Mas não se trata de um caso de livre comércio e sim de atos danosos que ultrapassaram a fronteira do Estado colombiano.

---

Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

<sup>145</sup> ARTIGO 32. Solução das Controvérsias. “[...] 2 - Toda controvérsia dessa índole, que não tenha sido resolvida na forma prescrita no parágrafo 1 do presente Artigo, será submetida por petição de qualquer um dos Estados Partes na controvérsia, à decisão da Corte Internacional de Justiça. [...]”. BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2013.

<sup>146</sup> Artigo XX – Exceções gerais. Sob reserva que estas medidas não sejam aplicadas de modo a constituírem um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre os países onde as mesmas condições existem, ou ainda uma restrição disfarçada ao comércio internacional, nenhum ponto do presente Acordo será interpretado para impedir a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante das medidas [...] b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou à preservação dos vegetais [...] g) relacionando-se a conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas são aplicadas conjuntamente com as restrições à produção ou ao consumo nacional; BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/textos-acordos-da-omc-portugues/1-1-1-acordo-geral-de-tarifas-e-comercio-1994-gatt-1994/view>>. Acesso em: 30 mai 2013



Sendo assim, as alegações do Equador podem ser divididas, segundo Robert Esposito em três tipos de danos: danos aos seres humanos; danos a animais e culturas; e dano ao meio ambiente<sup>147</sup>. Ressalta-se que é a primeira vez que a Corte analisará danos à saúde dos seres humanos, nesse sentido pode-se também esperar uma análise mais detalhada no campo desses direitos tendo em vista o voto do juiz brasileiro Antonio Augusto Cançado Trindade com seu background da jurisprudência da Corte Interamericana. Essa divisão é possível perceber nos pedidos encaminhados à Corte, que ordene e declare que:

(A) a Colômbia violou suas obrigações sob o direito internacional por causar ou permitir o depósito no território do Equador de herbicidas tóxicos que causaram danos à saúde humana, a propriedade e o meio ambiente;

(B) Colômbia deve indenizar Equador por qualquer perda ou dano causado por seus atos internacionalmente ilícitos, nomeadamente a utilização de herbicidas, inclusive pela dispersão aérea, e em particular:

(i) morte ou dano à saúde de qualquer pessoa ou pessoas decorrentes da utilização de herbicidas tais, e

(ii) qualquer perda ou dano à propriedade ou a subsistência ou os direitos humanos dessas pessoas, e

(iii) os danos ambientais ou o esgotamento dos recursos naturais;

(iv) os custos de monitoramento para identificar e avaliar os riscos futuros para a saúde pública, direitos humanos e ao meio ambiente resultante do uso de herbicidas na Colômbia, e

(v) perda ou dano de qualquer outro, e

(C) Colômbia deve

(i) respeitar a soberania e a integridade territorial do Equador e

(ii) imediatamente, tomar todas as medidas necessárias para evitar, em qualquer parte do seu território, o uso de quaisquer herbicidas tóxicos de tal forma que pudessem

ser depositados no território do Equador, e

(iii) proibir a utilização, por meio de dispersão aérea, de herbicidas tais na Equador, ou em ou perto de qualquer parte de sua fronteira com o Equador;<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> ESPOSITO, Robert. The ICJ and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia). *Pace Int'l L. Rev. Online Companion*. V.2 n.1 Aug. 2010. Pace University: DigitalCommons@Pace, 2010. p.6.

<sup>148</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 27 mai 2012. p.27.



Esposito<sup>149</sup> ao analisar o caso, levando em consideração que as alegações apresentadas pelo Equador são verdadeiras, prevê os possíveis argumentos de defesa para a Colômbia, que deveria fundamentar o contraditório no estado de necessidade para manter a paz doméstica e, assim, afastar qualquer intenção de violação do direito internacional. Significa afirmar que o ato de fumigação é lícito no território colombiano, pois o objetivo era combater o tráfico de drogas dentro de suas fronteiras. Ademais o dano alegado pelo Equador segundo o *Draft* deve ser um dano significativo, ou seja, não apenas detectável mas em nível grave e substancial. Ainda é necessário que o Equador prove a relação entre os danos físicos e as operações do plano Colômbia através de laudos periciais e prova testemunhal, bem como que o herbicida foi o causador de tais danos, pois a fórmula química utilizada pela Colômbia não foi divulgada. Segundo o autor, esse será o maior desafio do Estado equatoriano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça envolvendo questões sobre meio ambiente tem sido bastante cautelosa. Essa abordagem superficial poderá ser sanada no momento em que as decisões começarem a estabelecer que os princípios e tratados de proteção ao meio ambiente são normas de *jus cogens* e devem ser aplicados em conjunto com os demais trazidos à discussão.

Aguarda-se, no caso *da pulverização de herbicidas* uma decisão sobre o verdadeiro *enforcement* das normas de proteção ao meio ambiente. Esta é a oportunidade da Corte estabelecer algumas regras e evitar que os próximos litígios envolvam disputas armadas sobre riquezas naturais.

Em 19 de novembro de 2012 a Corte Internacional de Justiça proferiu sentença no caso *Territorial and Maritime Dispute* entre Nicarágua e Colômbia. A Corte reconheceu que a Colômbia possui a soberania de sete ilhas em disputa entre os dois Estados mas modificou os limites marítimos, ou seja, a Colômbia perdeu 40% do mar territorial em uma área considerada rica em recursos petrolíferos e pesqueiros.<sup>150</sup> A indignação colombiana pela perda da área marítima foi demonstrada através da

---

<sup>149</sup>CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, 2012. p.27. ESPOSITO, Robert. The ICJ and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia). *Pace Int'l L. Rev. Online Companion*. V.2 n.1 Aug. 2010. Pace Pace University: DigitalCommons@Pace, 2010. p.7.

<sup>150</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf> >. Acesso em: 13 dez. 2012.





apresentação da denúncia ao Pacto de Bogotá (Tratado Americano de Solução Pacífica de Controvérsias). O Equador, sabiamente ou por sorte, fundamentou o encaminhamento da demanda à Corte tanto no Pacto de Bogotá quanto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. As audiências públicas, para ouvida de testemunhas e apresentação de perícia, estão programadas para primeira e segunda semana de outubro de 2013<sup>151</sup>.

Um novo desafio para a Corte será também analisar e considerar as provas periciais e documentos técnicos sobre os danos causados à saúde da população equatoriana, levando em consideração que os juízes da CIJ não possuem o conhecimento técnico específico.

### Referências bibliográficas

BBC Brasil. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas\\_noticias/2012/08/120809\\_agente\\_laranja\\_rn\\_as.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/08/120809_agente_laranja_rn_as.shtml)>. Acesso em 10 ago. 2012.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1-1-1-acordo-geral-de-tarifas-e-comercio-1994-gatt-1994/view>>. Acesso em: 30 mai 2013.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2013.

COLÔMBIA. Cancillería. Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponível em:<[http://www.cancilleria.gov.co/casos\\_corte/ecuador\\_colombia](http://www.cancilleria.gov.co/casos_corte/ecuador_colombia)>. Acesso em: 30 mai. 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 27 mai 2012.

---

<sup>151</sup>COLÔMBIA. Cancillería. Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponível em:<[http://www.cancilleria.gov.co/casos\\_corte/ecuador\\_colombia](http://www.cancilleria.gov.co/casos_corte/ecuador_colombia)>. Acesso em: 30 mai. 2013.



\_\_\_\_\_. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

ESPOSITO, Robert. The ICJ and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia). *Pace Int'l L. Rev. Online Companion*. V.2 n.1 Aug. 2010. Pace University: DigitalCommons@Pace, 2010. p.1-54.

LEAHY, Stephen. Novos estudos expõem danos do glifosato. *Terramérica*. Disponível em: <<http://www.tierramerica.info/nota.php?lang=port&idnews=250>>. Acesso em: 28 mai 2012.

NOSCHANG. Patrícia Grazziotin. A Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a Preservação do Meio Ambiente: uma análise dos conflitos em Haia sob a ótica do direito ambiental. In: SHORNARDIE. Elenise F. (Org) *Ambiente e Justiça Ambiental*. Ijuí: Unijuí, 2010. p.95-117.

\_\_\_\_\_. O Caso das Papeleras na Corte Internacional de Justiça: o reconhecimento dos princípios de Direito Ambiental Internacional. In: MENEZES, Wagner (Coord.). *Estudos de Direito Internacional: anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Vol. XIX. Curitiba: Juruá, 2010. p. 257-265.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

SANTOS, Marcelo. *O conflito colombiano e o Plano Colômbia*. SENHORAS, Eloi Martins; CAMARGO, Julia Faria. (Org). Boa Vista: Editora da UFRR, 2011. p.51.



## O MECANISMO DO PROTOCOLO DE QUIOTO PARA LIDAR COM SEU DESCUMPRIMENTO: PARA ALÉM DE JURISDIÇÕES E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

*Ernesto Roessing Neto\**

**Resumo:** Vários tratados de natureza ambiental, dentre os quais o Protocolo de Quioto, estabeleceram mecanismos próprios para assegurar seu cumprimento que seguem uma lógica distinta do uso da responsabilidade internacional do Estado e da submissão de Estados a uma instância judicial internacional. Por meio desses mecanismos, busca-se incentivar o cumprimento dos tratados fazendo o uso de meios que se apresentam como “não-jurídicos”. Neste sentido, o mecanismo do Protocolo de Quioto é considerado um dos mais sofisticados e tem potencial de influenciar futuros tratados de cunho ambiental. Desta forma, realiza-se uma comparação entre o uso da responsabilidade internacional do Estado (e de instâncias judiciais internacionais) e o uso de mecanismos de *compliance*, tendo como parâmetro o mecanismo criado no Protocolo de Quioto, tecendo-se, ao fim, considerações gerais acerca da oposição entre essas duas formas de se assegurar a obediência ao direito internacional.

**Palavras-chave:** *Compliance* – Quioto – responsabilidade do Estado

**Abstract:** Many environmental agreements, within which the Kyoto Protocol, have provided for the creation of mechanisms to ensure compliance, using a distinct logic from that of international state responsibility of States and the submission of States to an international court. Through such mechanisms, treaty compliance is fostered by making use of “non-legal” means. In this sense, the Kyoto Protocol’s compliance mechanism is considered one of the most sophisticated and has the potential to influence future international environmental agreements. Therefore, a comparison is performed between the use of State responsibility (and international courts) and the use of compliance mechanisms, using the Kyoto Protocol’s mechanism as benchmark. In the end, general remarks on the opposition between these two ways of ensuring respect to international law are made.

**Keywords:** Compliance – Kyoto – State responsibility

### Introdução

O Direito Internacional é concebido, tradicionalmente, como um ordenamento jurídico que busca reger as relações entre os sujeitos de Direito

---

\* Bolsista de Doutorado Pleno CNPq na Vrije Universiteit Brussel (VUB). Professor Assistente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestre em Direito, área Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).



Internacional, em especial Estados e Organizações Internacionais, com reflexos para indivíduos e pessoas jurídicas de direito interno. Ao estruturar-se este sistema normativo, alguns traços de sistemas internos fizeram-se refletir no Direito Internacional, tais como a responsabilização de pessoas jurídicas (no caso do Direito Internacional, os Estados e Organizações Internacionais) por condutas contrárias ao ordenamento jurídico e a criação de instâncias judiciais com competência para julgar e impor responsabilidade a entes que violem o Direito vigente.

Contudo, os sistemas jurídicos internos estruturam-se com base na existência de uma pessoa jurídica considerada superior e distinta dos demais membros da sociedade, com competência de impor o Direito e, conforme o caso, fazer uso da força para tanto, à qual se denomina, comumente, Estado. Por sua vez, o sistema jurídico internacional, ainda que conte com algum grau de centralização em organizações como a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio, não conta com uma pessoa jurídica dotada de autoridade própria para impor-se sobre os membros da “sociedade” de Estados.

A falta de uma autoridade central não resulta num Direito Internacional necessariamente menos efetivo que o direito interno dos Estados. Não obstante, isto produz resultados na maneira de se aplicar o direito, tornando inadequada uma mera transposição de institutos de direito interno para a seara internacional. Por exemplo, um Estado, exceto em eventuais casos específicos, somente pode ser levado a uma instância judicial internacional caso expresse sua anuência; ainda, mesmo nos casos em que a anuência é dispensável, a imposição de eventuais penalidades depende muito da vontade do Estado em acatar a decisão e das atitudes de outros Estados diante de casos de descumprimento de decisões. Assim, um sistema de responsabilização internacional de Estados por condutas violadoras do ordenamento jurídico nem sempre consegue funcionar adequadamente.

No que diz respeito ao Direito Internacional do Meio Ambiente, existem precedentes de responsabilização internacional de Estados e da atuação de jurisdições internacionais. Contudo, em função de vários fatores, em especial a natureza difusa de vários problemas ambientais e a necessidade de se assegurar cooperação multilateral para com eles lidar, tem-se observado uma tendência de construção de regimes jurídicos internacionais específicos baseados em cooperação e



incentivos para cumprimento, distanciando-se da noção clássica de responsabilidade internacional de Estados e jurisdições internacionais. Assim, vários mecanismos de *compliance*, termo em língua inglesa sem correspondente exato em língua portuguesa<sup>152</sup>, foram estabelecidos em tratados sobre questões ambientais.

Neste sentido, o Protocolo de Quioto, um tratado que regulamenta determinados aspectos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, estabeleceu um dos mecanismos de *compliance* mais sofisticados de que se tem notícia em tratados de natureza ambiental (KLABBERS, 2007, p. 999), o qual possui aspectos típicos de tribunais internacionais mas, concomitantemente, busca incentivar e mesmo auxiliar Estados a cumprirem as normas constantes no Protocolo.

É verdade que o Protocolo de Quioto já se encontra nos estágios finais de sua vigência, tendo sido recentemente emendado, mas com sinalizações de que será substituído por outro tratado ou arquitetura político-jurídico-institucional distinta após 2020. Não obstante, o estudo de seu mecanismo de *compliance* mostra-se interessante, tendo em vista a possibilidade de influência em futuros sistemas que possam vir a ser criados.

Tendo em vista a natureza desta comunicação, este estudo é restrito a uma abordagem preliminar do mecanismo no Protocolo de Quioto e a uma comparação geral do modelo de *compliance* com o sistema geral de responsabilidade internacional do Estado. Desta forma, inicia-se com uma breve contextualização acerca do Protocolo de Quioto, seguindo-se com uma descrição geral do mecanismo de *compliance* do Protocolo; posteriormente, faz-se uma comparação dos traços característicos do modelo de *compliance* com o uso de jurisdições baseadas na responsabilidade internacional do Estado. Por fim, tecem-se algumas considerações gerais acerca da oposição entre essas duas concepções.

## **1. Contexto: As mudanças climáticas e o Protocolo de Quioto**

---

<sup>152</sup> O termo *compliance* pode ser traduzido, a depender do contexto, como “cumprimento” ou “conformidade”. Em essência, trata-se da adequação de uma conduta a uma norma. Assim, sistemas de *compliance* seriam sistemas criados para assegurar ou incentivar que Estados cumpram com as normas contidas num regime jurídico.



Um estudo conduzido no final do século XIX pelo sueco Svante Arrhenius já relacionava a presença de carbono na atmosfera com uma mudança no clima, de modo que variações na concentração de carbono na atmosfera seriam capazes de afetar a temperatura na superfície (ARRHENIUS, 1896). Apesar de que na época já se iniciava o processo de expansão dos domínios do direito internacional para a seara ambiental (REZEK, 2008, p. 244), somente no final do século XX é que a mudança climática decorrente de emissões antrópicas de gases de efeito estufa passou a ser percebida como uma ameaça ambiental que precisava ser enfrentada mediante o esforço cooperativo da comunidade internacional.

Assim é que, em 1990, iniciam-se negociações acerca de um tratado multilateral sobre mudança do clima, processo este que culminou, em 1992, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (conhecida como ECO-92) na cidade do Rio de Janeiro, na adoção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima (UNFCCC). Trata-se de um tratado que buscou a maior adesão possível, cuja elaboração teve de levar em conta interesses muito diversos (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 357), de modo que o resultado foi uma Convenção com termos suaves, com foco no estabelecimento de um processo para se alcançar maior acordo sobre ações para lidar com a mudança do clima (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 357). Não obstante, a Convenção criou um processo por meio do qual seria possível, posteriormente, adotar políticas e normas mais específicas. Um dos mecanismos centrais para se manter o processo foi a criação da Conferência das Partes (COP), reunião periódica dos signatários da Convenção.

A primeira Conferência das Partes (COP-1) ocorreu em maio de 1995 na cidade de Berlim. Durante a conferência, os participantes concordaram em aprofundar as negociações para que se lograsse atingir reduções de emissões após o ano 2000. Também em 1995, o Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática (IPCC) divulgou seu segundo relatório de avaliação, no qual deixou claro que a humanidade estava interferindo no clima global (IPCC, 1995, p. 4). No ano seguinte, na COP-2, em Genebra, continuaram-se os debates e decidiu-se estabelecer, por ocasião da COP-3, um acordo para lograr a redução de emissões de gases de efeito estufa. Em dezembro de 1997, delegados de Estados-parte reuniram-se em Quioto, Japão, para a realização da COP-3. As divergências de interesse persistiam, mas as evidências



científicas apontavam para a necessidade de redução de emissões e algum tipo de instrumento internacional para lidar com a questão era esperado pela opinião pública. Ao fim da Conferência, no dia 11 de dezembro de 1997, o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima foi adotado.

Em síntese, o Protocolo de Quioto, da forma como foi adotado originalmente, estabelecia a obrigação de se atingir, ao menos, 5% de redução geral de emissões de GEE das partes constantes no Anexo B do Protocolo, no período de 2008 a 2012 em relação aos níveis de 1990 (UNFCCC, 1997 Art. 3.1). Esta redução não era igual para todos, havendo metas específicas para cada parte<sup>153</sup>. Apesar da não ratificação do Protocolo pelos Estados Unidos, o tratado (e suas metas) era aplicável às demais partes constantes no Anexo B. Em 2012, o Protocolo, por ocasião do término do período de compromissos inicial, foi emendado e um novo período de compromissos foi adotado, no entanto, com um menor número de partes com obrigações de redução<sup>154</sup>, com uma meta total de redução de 18% das emissões de GEE em relação a 1990 no período de 2013 a 2020 (UNFCCC, 2012 Art 1.C). Em ambos os casos, é permitido o uso de mecanismos de flexibilização<sup>155</sup> para facilitar o cumprimento das metas, dentre os quais o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que se destaca por permitir que projetos realizados em Estados não constantes no Anexo B sejam utilizados para abater parte das metas de Estados com metas de redução.

---

<sup>153</sup> As metas, estabelecidas em forma de percentual em relação ao ano-base, eram as seguintes: Austrália, 108; Áustria, 92; Bélgica, 92; Bulgária, 92; Canadá, 94; Croácia, 92; República Tcheca, 92; Dinamarca, 92; Estônia, 92; Comunidade Europeia, 92; Finlândia, 92; França, 92; Alemanha, 92; Grécia, 92; Hungria, 94; Islândia, 110; Itália, 92; Japão, 94; Letônia, 92; Liechtenstein, 92; Lituânia, 92; Luxemburgo, 92; Mônaco, 92; Países Baixos, 92; Nova Zelândia, 100; Noruega, 101; Polônia, 94; Portugal, 92; Romênia, 92; Federação Russa, 100; Eslováquia, 92; Eslovênia, 92; Espanha, 92; Suécia, 92; Suíça, 92; Ucrânia, 100; Reino Unido, 92; Estados Unidos, 93. V. (UNFCCC, 1997 Anexo B)

<sup>154</sup> Com a emenda, além dos Estados Unidos, também passaram a não ter de cumprir metas no Protocolo a Rússia, a Nova Zelândia, o Japão e o Canadá. Alguns países, como Bielo-Rússia, Cazaquistão, Chipre e Malta, passaram a contar com metas. No entanto, Rússia (já sem metas), Ucrânia, Cazaquistão e Bielo-Rússia mostram-se descontentes com a emenda e é incerto como se dará a participação desses Estados no regime (RUSSIAN SOCIO-ECOLOGICAL UNION, 2013). Com a emenda, as metas de redução, expressas em percentuais em relação ao ano-base, passaram a ser as seguintes: Austrália, 99,5; Áustria, 80; Bielo-Rússia, 88; Bélgica, 80; Bulgária, 88; Croácia, 80; Chipre, 80; República Tcheca, 80; Dinamarca, 80; Estônia, 80; União Europeia, 80; Finlândia, 80; França, 80; Alemanha, 80; Grécia, 80; Hungria, 80; Islândia, 80; Irlanda, 80; Itália, 80; Cazaquistão, 95; Letônia, 80; Liechtenstein, 84; Lituânia, 80; Luxemburgo, 80; Malta, 80; Mônaco, 78; Países Baixos, 80; Noruega, 84; Polônia, 80; Portugal, 80; Romênia, 80; Eslováquia, 80; Eslovênia, 80; Espanha, 80; Suécia, 80; Suíça, 84,2; Ucrânia, 76; Reino Unido, 80 (UNFCCC, 2012 Art 1.A).

<sup>155</sup> Os mecanismos de flexibilização são a implantação conjunta, o comércio de emissões e o mecanismo de desenvolvimento limpo. V. (UNFCCC, 1997 Arts. 6, 12 & 17)



Em função da existência de metas quantitativas e bem definidas a serem atingidas por algumas das partes do Protocolo, bem como a participação de países sem metas com projetos de redução de emissões no âmbito do MDL, os negociadores do Protocolo preocuparam-se em estabelecer um mecanismo de *compliance* como forma de assegurar que os Estados cumprissem suas metas. Na seção seguinte, analisa-se, superficialmente, o mecanismo de *compliance* do Protocolo de Quioto.

## 2. O mecanismo de *compliance* do Protocolo de Quioto em linhas gerais

O mecanismo de *compliance* do Protocolo é previsto no artigo 18 do Protocolo, o qual se limita a determinar que as Partes do Protocolo estabeleçam procedimentos e mecanismos para lidar com casos de descumprimento dos dispositivos do Protocolo. Desta forma, as Partes, por meio da Decisão n. 27/CMP.1, de 2005, estabeleceram o mecanismo de *compliance* do Protocolo.

Trata-se de um sistema construído com base em dois pilares: a facilitação e a coação. Assim, criou-se o Comitê de Cumprimento do Protocolo de Quioto<sup>156</sup> (em inglês, *Compliance Committee*) (UNFCCC, 2005 Anexo, II), composto por uma plenária, um escritório e dois ramos: o ramo “facilitador” (em inglês, *Facilitative Branch*) e o ramo “executivo” (em inglês, *Enforcement Branch*). A plenária reúne os membros de ambos os ramos e serve de representação do Comitê perante a Conferência das Partes.

O ramo facilitador conta com dez representantes, eleitos pela Conferência das Partes, e possui a função de prover assessoria e auxílio para que as Partes consigam cumprir o Protocolo de Quioto, levando em conta as circunstâncias que estão levando ao descumprimento (UNFCCC, 2005 Anexo, IV).

O ramo executivo também conta com dez representantes, eleitos da mesma forma que aqueles do ramo facilitador e seguindo, também, uma distribuição geográfica. Este ramo é responsável por determinar se uma Parte está cumprindo com os dispositivos do Protocolo de Quioto e por aplicar as “consequências” previstas para

---

<sup>156</sup> Adota-se, aqui, a nomenclatura em português utilizada pela União Europeia em língua portuguesa.





os casos de não-cumprimento dos dispositivos do Protocolo (UNFCCC, 2005 Anexo, V e XV).

O Comitê de Cumprimento recebe “questões de aplicação” (em inglês, *questions of implementation*) oriundas de um Painel de Especialistas responsável por avaliar, dentre outros, os dados fornecidos pelas partes acerca de emissões de GEE (UNFCCC, 1997 Art. 8, 2005 Anexo, VI). Ainda, o Comitê também pode receber questões apresentadas por uma Parte acerca de sua própria conduta ou por uma Parte acerca da conduta de outra Parte (neste caso, apresentando informações que respaldem a questão) (UNFCCC, 2005 Anexo, VI).

Nota-se, pois, uma ênfase em descaracterizar o Comitê como uma instância judicial. Desta forma, em vez de uma “Corte”, criou-se um comitê, composto por “membros”, em vez de “juízes”. A existência de um ramo “facilitador” dentro do próprio comitê (em vez de uma instituição paralela e independente) reforça esta descaracterização. Ainda, em caso de descumprimento, o Comitê não aplica “sanções”, mas “consequências”, e é provocada não por meio de “reclamatórias”, “petições” ou “denúncias”, mas por meio de “questões de aplicação” que são “enviadas” (em inglês, *submitted*) pelo Painel de Especialistas ou por Partes. Não obstante, o mecanismo possui feições típicas de uma instância judicial, de modo que parece ser, na verdade, um órgão judicial travestido de instância política (KLABBERS, 2007, p. 999). Contudo, o sistema não é considerado judicial, embora sua natureza não seja clara, apresentando-se como uma alternativa à responsabilidade internacional do Estado e ao recurso a uma instância judicial internacional.

Na seção seguinte, são abordados alguns traços característicos do sistema de *compliance* do Protocolo de Quioto em contraposição à responsabilidade internacional do Estado.

### **3. Responsabilidade internacional do Estado vs. *Compliance***

O estabelecimento de um sistema de *compliance* tem se tornado uma prática predominante em matéria de Direito Internacional do Meio Ambiente (KLABBERS, 2007, p. 998), de modo que se deve buscar compreender os motivos pelos quais esta tendência tem se sobreposto ao uso da responsabilidade internacional do



Estado e de instâncias judiciais internacionais. Deste modo, esta seção busca verificar quais são os traços que distinguem os dois sistemas.

Em primeiro lugar, a responsabilidade internacional do Estado e, por conseguinte, os julgados das instâncias judiciais internacionais, baseiam-se num bilateralismo entre partes que nem sempre se mostra aplicável a problemas ambientais tratados de forma multilateral em função de interesses comuns, como é o caso da mudança do clima. Desta forma, em muitos casos, não é possível identificar-se claramente uma parte que tenha sofrido um dano em função da violação e, desta forma, tenha legitimidade para introduzir uma reclamatória (FITZMAURICE, 2007, p. 1020).

Em segundo lugar, em função da natureza difusa e comum de problemas como mudança climática, o estabelecimento de um nexos causal preciso é desafiador e, por vezes, impossível (KLABBERS, 2007, p. 1001). No caso da mudança do clima, por exemplo, pode-se afirmar que se trata de um problema causado por todos os Estados, embora alguns tenham contribuído mais para o problema que outros. É precisamente em função desta responsabilidade compartilhada que o princípio da “responsabilidade comum, porém diferenciada” é basilar na UNFCCC (UNFCCC, 1992 Art. 4).

Em terceiro lugar, mecanismos de *compliance* contidos em tratados de natureza ambiental são, via de regra, de participação obrigatória, ao passo que, no caso da responsabilidade internacional do Estado, é cediço depender-se de cortes internacionais às quais as partes submetem-se somente de maneira voluntária (KLABBERS, 2007, p. 1001), normalmente de forma *ad hoc*.

Ainda, mecanismos de *compliance*, tais como o contido no Protocolo de Quioto, podem vir a ser mais aceitos por Estados em função de tenderem a ser mais flexíveis e terem uma estrutura não acusatória e não contenciosa (KLABBERS, 2007, p. 1003).

Por fim, o descumprimento de normas contidas num tratado decorre, necessariamente, de um ato ou omissão atribuível a um Estado, descaracterizando-se, pois, a responsabilidade internacional do Estado segundo o direito costumeiro vigente e codificado pela Comissão de Direito Internacional da ONU (UN GENERAL ASSEMBLY, 2001 Art 2).



Outra questão que merece ser abordada nesta seção é a relação do instituto da responsabilidade internacional do Estado e de um mecanismo de *compliance* com o cumprimento efetivo de uma norma jurídica. Normalmente, a análise jurídica acerca da aplicação de uma determinada norma tende a levar em conta somente a verificação acerca de seu cumprimento ou descumprimento, sem considerar razões para que isto ocorra. Com base no pensamento de Mitchell (2007, p. 895), é possível, para além de uma análise binária (cumprimento contra descumprimento), analisar a obediência a uma norma por, ao menos, quatro ângulos: a) cumprimento induzido pela norma; b) cumprimento coincidente; c) descumprimento de boa-fé; d) descumprimento intencional.

Pode-se considerar que, no caso de descumprimento intencional, tanto o uso da responsabilidade internacional como o de um mecanismo de *compliance* pouco podem fazer, salvo em casos em que seja possível a outros Estados e Organizações Internacionais imporem contramedidas<sup>157</sup>.

Contudo, no caso de descumprimento de boa-fé, mecanismos de *compliance* podem fazer a diferença em relação ao uso da responsabilidade internacional do Estado, tendo em vista que podem contribuir para sanar alguma circunstância que esteja levando determinado Estado ao não-cumprimento de um tratado. O caso do Protocolo de Quioto, o qual possui um ramo facilitador no seu sistema é ilustrativo de como isto pode ocorrer.

O lado negativo do uso de mecanismos de *compliance* é que, ao se distanciar "da obsessão retrógrada que advogados tem com violação e ilegalidade, declarada como tal num litígio formal, especialmente em tribunais" (KOSKENNIEMI, 2009, p. 408), tem-se a impressão de que o cumprimento "está sujeito a negociações" (KLABBERS, 2007, p. 1001).

Deve-se ressaltar que, no contexto ambiental, a responsabilidade internacional do Estado desempenharia duas funções (VERHEYEN, 2005, p. 232): a) apoiar normas preventivas estabelecidas em tratado ou no direito costumeiro; b) prover Estados que tenham sofrido danos com um direito de restauração e compensação. Por sua vez, mecanismos de *compliance* parecem possuir dois papéis principais (KLABBERS, 2007, p. 1003): a) propiciar uma atitude mais proativa,

---

<sup>157</sup> Para mais sobre contramedidas, v. UN GENERAL ASSEMBLY (2001 Arts 22; 49-54).



identificando-se problemas antes de uma violação ocorrer, ajudando a evitar a degradação ambiental em vez de focando na reparação após sua ocorrência; b) auxilia as partes a focarem nas causas não intencionais de descumprimento, tais como falta de recursos ou de capacidade.

Desta forma, o que se observa, na verdade, é que ambos são complementares, e não conflitantes, de modo que o uso de mecanismos de *compliance* não impede que se busque a via as responsabilidade internacional do Estado caso estes sejam insuficientes. Contudo, as limitações ao uso da responsabilidade internacional do Estado, sejam elas jurídicas (ausência de submissão automática de Estados a instância judicial internacional) ou de outra natureza (como contexto político e/ou econômico desfavorável ao recurso à responsabilidade) reforçam o uso prioritário de mecanismos de *compliance*. Por exemplo, no caso do Protocolo de Quioto e, de forma mais abrangente, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, não há registro de qualquer demanda entre Estados perante instâncias judiciais internacionais, embora exista notícia de que Tuvalu tenha tido a intenção de demandar os Estados Unidos e Austrália, ou buscar um parecer da Corte Internacional de Justiça acerca da legalidade de ações destes países no quadro normativo da UNFCCC (BRIGGS, 2013; OKAMATSU, [s.d.]). Por sua vez, o mecanismo de *compliance* do Protocolo de Quioto conta com 8 “questões de implementação” analisadas pelo ramo executivo e 15 no ramo facilitador (UNFCCC, [s.d.]).

## **Conclusão**

Esta comunicação teve o objetivo de elaborar uma comparação geral do modelo de *compliance* com o sistema geral da responsabilidade internacional do Estado, tendo como parâmetro o mecanismo de *compliance* do Protocolo de Quioto. Realizou-se uma contextualização do problema ambiental ao qual se buscou responder por meio do Protocolo, fez-se uma descrição geral do seu mecanismo de *compliance*, em seguida, realizou-se uma comparação do modelo ante o uso de instâncias judiciais com base na responsabilidade internacional do Estado.

Observa-se que o uso de mecanismos de *compliance* parece ser uma resposta à natureza dos problemas ambientais de natureza global, dentre os



quais se encontra a mudança climática. Tendo em vista somente poderem ser enfrentados mediante a ação coordenada de Estados, em função de uma responsabilidade compartilhada, tornou-se necessário criar um mecanismo baseado mais em noções de cooperação e com certo distanciamento (mesmo que aparente) em relação ao *modus operandi* das instâncias judiciais internacionais. Não obstante, isto não parece enfraquecer ou afastar o uso da responsabilidade internacional do Estado; o uso de mecanismos de *compliance* em tratados de cunho ambiental parece ser, na verdade, uma forma de assegurar uma maior obediência ao ordenamento jurídico em função das limitações inerentes ao uso da responsabilidade internacional do Estado.

## Referências

ARRHENIUS, S. On the influence of carbonic acid in the air upon the temperature of the ground. **Philosophical Magazine Series 5**, v. 41, n. 251, p. 237–276, abr. 1896.

BIRNIE, P. W.; BOYLE, A. E.; REDGWELL, C. **International law and the environment**. 3rd ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2009.

BRIGGS, N. **Sinking Sovereignty: Climate Change and Human Rights**. Disponível em: <<http://brownhumanrightsreport.org/2013/01/sinking-sovereignty-climate-change-and-human-rights/>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

FITZMAURICE, M. Chapter 44 - International Responsibility and Liability. In: **The Oxford handbook of international environmental law**. Oxford handbooks. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007. p. 1010–1035.

IPCC. **IPCC Second Assessment - Climate Change 1995**. [s.l.] Intergovernmental Panel on Climate Change, 1995. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/publications\\_and\\_data/publications\\_and\\_data\\_reports.shtml](http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml)>. Acesso em: 30 maio. 2013.

KLABBERS, J. Chapter 43 - Compliance Procedures. In: **The Oxford handbook of international environmental law**. Oxford handbooks. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007. p. 995–1009.

KOSKENNIEMI, M. Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law. **European Journal of International Relations**, v. 15, n. 3, p. 395–422, 20 ago. 2009.

MITCHELL, R. B. Chapter 39 - Compliance Theory: Compliance, Effectiveness, and Behaviour Change in International Environmental Law. In: **The Oxford handbook of**



**international environmental law.** Oxford handbooks. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007. p. 893–921.

OKAMATSU, A. **Problems and prospects of international legal disputes on climate change.** Disponível em: <<http://lyris.sprep.org/att/IRC/eCOPIES/Countries/Tuvalu/47.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

REZEK, F. **Direito Internacional Público - Curso Elementar.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSSIAN SOCIO-ECOLOGICAL UNION. **The Four for the Amendment.** Disponível em: <[http://rusecounion.ru/ang\\_klimat\\_8213](http://rusecounion.ru/ang_klimat_8213)>. Acesso em: 30 maio. 2013.

UN GENERAL ASSEMBLY. Resolution 56/83. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. . 12 dez. 2001.

UNFCCC. United Nations Framework Convention on Climate Change. . 1992.

UNFCCC. Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change. . 1997.

UNFCCC. Decision 27/CMP.1. Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol. . 2005.

UNFCCC. Doha Amendment to the Kyoto Protocol. . 2012.

UNFCCC. **Questions of Implementation.** Disponível em: <[http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/compliance/questions\\_of\\_implementation/items/5451.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/questions_of_implementation/items/5451.php)>. Acesso em: 4 jun. 2013.

VERHEYEN, R. **Climate change damage and international law prevention duties and state responsibility.** Leiden; Boston; Leiden: M. Nijhoff ; Brill, 2005.



## (IM) POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA CRIMINAL – DESAFIOS DA FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Cássio Eduardo Zen<sup>158</sup>

**Resumo:** A proposta deste artigo é analisar até que ponto iria a competência da Corte Internacional de Justiça para tratar de assuntos criminais e até que ponto pode a Corte Internacional de Justiça contribuir para o desenvolvimento do Direito Criminal Internacional e dos Tribunais Criminais Internacionais e Internacionalizados, tendo em vista os desafios apresentados pela fragmentação do direito internacional

**Palavras-Chave:** Direito Criminal Internacional; Corte Internacional de Justiça, Fragmentação do Direito Internacional.

**Abstract:** This article studies the (lack of) competence of the International Court of Justice regarding Criminal Matters and to which extent may the Court contribute to the development of International Criminal Law and the International and Internationalized Criminal Courts, bearing in mind the challenges posed by the fragmentation of international law.

**Keywords:** International Criminal Law; International Court of Justice; Fragmentation of International Law

### INTRODUÇÃO

Martti Koskenniemi e Päivi Leino iniciaram seu artigo sobre Fragmentação do Direito Internacional mencionando que, quando um assunto é abordado três vezes seguidas pelo presidente da Corte Internacional de Justiça<sup>159</sup> em três discursos seguidos perante a Assembleia Geral da ONU, este assunto pode ser naturalmente tido como importante<sup>160</sup>. Após a estrutura do direito internacional baseada no conflito entre Leste e Oeste (característica do período da guerra fria), o direito internacional caracteriza-se pelos conflitos entre atores, numa “realidade

---

<sup>158</sup> Graduado em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Ius Gentium (UFSC/CNPq) em Direito Internacional, do Grupo de Pesquisa em Direito Criminal Internacional da UFPR, do Grupo de Pesquisa de Direito Penal Econômico da UNICURITIBA e do Grupo de Pesquisa em Direito Penal e Processual Penal da FEMPAR-PR.

<sup>159</sup> De ora em diante CIJ.

<sup>160</sup> KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.553.



caleidoscópica”<sup>161</sup>, nos termos dos finlandeses, resultando em sistemas normativos competindo entre si<sup>162</sup>. Estes diferentes organismos, sejam eles regionalizados ou globais, interpretam por vezes instrumentos normativos de maneira díspar, configurando, numa visão de um jurista tradicional de direito internacional público, uma situação patológica<sup>163</sup>, ou em outros termos, a fragmentação do direito internacional.

Apesar do Tribunal Penal Internacional<sup>164</sup> ser um tribunal internacional assim como a CIJ, é seguro afirmar que as semelhanças acabam por aí. Cada uma das Cortes internacionais possui estatuto diverso, frutos de concepções e finalidades diferentes. Por este lado, não há o que falar numa corte se imiscuindo nos assuntos da outra, muito menos atuar como uma câmara recursal (em especial se considerar-se que o princípio norteador da atuação de cada uma das cortes é diverso). Para bem compreender todas as implicações destas diferenças, mister analisar em caráter introdutório as características de cada uma das cortes.

O TPI é um tribunal constituído para lidar essencialmente de crimes cometidos por indivíduos<sup>165</sup>, mesmo que permaneça acalorado o debate na doutrina quanto a possibilidade da competência do TPI para tratar de crimes cometidos por pessoas jurídicas (aliás, o debate é muito mais profundo, chegando a questionar-se até que ponto poderia uma corporação ser considerada autora de crime internacional<sup>166</sup>). Outra característica importante do TPI é sua autonomia jurídica, como destacam Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet<sup>167</sup>. Isto significa dizer que o TPI não deve prestação de contas as Nações Unidas e, com a exceção do criticado instituto do

---

<sup>161</sup> “Kaleidoscopic reality” In: KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.559.

<sup>162</sup> KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.559.

<sup>163</sup> \_\_\_\_\_. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.560.

<sup>164</sup> De ora em diante TPI.

<sup>165</sup> Neste sentido ver o artigo do Estatuto de Roma.

<sup>166</sup> Em sentido contrário a responsabilidade criminal corporativa, ver: AMBOS, Kai. *Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma*, p.32. Em sentido favorável, ver STOICHKOVA, Desislava. *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p.18-19. Observar ainda que Alain Pellet considera que um Estado pode cometer crimes, partindo a partir do direito internacional (e não do direito criminal propriamente dito) PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!*

<sup>167</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*, p.805.





*deferral*<sup>168</sup>, não há como órgãos da ONU interferirem na atividade do TPI<sup>169</sup>. Neste sentido vale notar o acordo entre o TPI e a ONU, datado de 2004, no qual se reforça a autonomia do TPI como instituição judicial permanente e independente<sup>170</sup> e se concede ao TPI o status de observador na Assembleia Geral da ONU<sup>171</sup> e toma outras providências, as quais pela limitação de um artigo, não serão aqui trabalhadas.

Enquanto isto, a CIJ é uma corte com competência para tratar de conflitos entre Estados ou Organismos internacionais (como ocorreu no caso Bernadotte de 1949) em matérias de tratados internacionais, dentre os quais se incluiria o Estatuto de Roma, base do TPI. A base estatutária para a operação da CIJ é o Estatuto da CIJ, anexo da Carta da ONU de 1945, sendo a sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional, criada da Liga das Nações em 1922, há muito tempo atrás, numa realidade muito, muito distante da atual.

Ao contrário do TPI, a CIJ é um órgão das Nações Unidas, integrando a estrutura da mesma, tendo, deste modo, menor autonomia que o TPI. Não é arriscado afirmar que, até mesmo porque os juízes são escolhidos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da ONU<sup>172</sup>, o que explica como os cinco membros permanentes do Conselho (quase)<sup>173</sup> sempre tiveram assentos cativos nas cadeiras da CIJ. Ainda, o argumento da possível reeleição dos juízes faz com que eles sigam com frequência os interesses de seus Estados, o que contribui para se considerar a CIJ um órgão judicial extremamente politizado (senão um órgão político judicializado).

Uma série de tópicos de direito internacional são compartilhados pelas cortes. Por exemplo, ambos tratam de questões de imunidades e se debruçaram em diferentes ocasiões sobre o crime de genocídio. Surge, assim, a dúvida de até que ponto uma decisão de um tribunal seria vinculante a atividades da outra corte e até que ponto uma poderia contribuir na jurisprudência da outra.

---

<sup>168</sup> ROME STATUTE, art. 16

<sup>169</sup> Mesmo no caso de uma comunicação por parte do Conselho de Segurança ao Promotor do TPI, este mantém sua autonomia discricionária sobre a abertura de investigação ou propositura ou não de ação penal.

<sup>170</sup> NEGOTIATED RELATIONSHIP AGREEMENT BETWEEN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE UNITED NATIONS art.2, 1.

<sup>171</sup> \_\_\_\_\_, art 4,1.

<sup>172</sup> STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, art 7-10.

<sup>173</sup> Entre 1967 e 1985 a China não indicou juiz a CIJ.



Do mesmo modo, pode haver uma contribuição nas atividades de cada uma das cortes, em especial na cooperação da CIJ com o TPI ao reconhecer o descumprimento por um Estado de um tratado internacional. Esta será a primeira questão a ser trabalhada neste artigo. Como poderia uma corte auxiliar outra nas atividades específicas da outra.

## 1 APLICAÇÕES PRÁTICAS NAS ATIVIDADES DE CADA CORTE

Uma questão preliminar que deve ser tratada antes de se falar em eventual medida pleiteada pelo TPI perante a CIJ e a de se aquele pode peticionar perante esta. A capacidade processual de organismos internacionais perante a CIJ é reconhecida no caso de opiniões consultivas, sendo o mais notório o caso Bernadotte (envolvendo as Nações Unidas), no qual se reconheceu a capacidade de organismos internacionais em pleitearem perante a CIJ. Desde então diversos casos foram apresentados por organismos internacionais, em caráter consultivo. O caso do TPI seria diferente, uma vez que, ao contrário do Tribunal Penal Internacional Para Ruanda<sup>174</sup> e do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia<sup>175</sup>, o TPI não integra a estrutura da ONU, gozando de independência inclusive financeira. Deste modo, questiona-se: Teria o TPI capacidade para provocar uma opinião consultiva da CIJ? Seria esta necessária? Quais os efeitos jurídicos?

Quanto a capacidade do TPI de provocar a atuação da CIJ, esta pode ser tratada com a análise da capacidade postulatória geral na Corte. Não haveria, segundo Dihn, Daillier, Forteau e Pellet, a possibilidade de organizações internacionais serem autoras ou réus num processo perante a CIJ<sup>176</sup>. Deste modo, resta claro a impossibilidade de um Estado, num movimento desesperado face um julgamento desfavorável no TPI contra um de seus nacionais, apresentar demanda contra o TPI perante a CIJ, para que esta reavalie a interpretação dada por aquele sob uma cláusula do Estatuto de Roma. No entanto, mesmo o TPI sendo uma organização internacional, não poderia este postular da CIJ uma opinião consultiva, pois tal possibilidade estaria,

---

<sup>174</sup> TPIR.

<sup>175</sup> TPII.

<sup>176</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*, p. 992.



segundo Dihn, Daillier, Forteau e Pellet, restrita a organismos da ONU e a própria Organização, quando devidamente autorizados pela Assembleia Geral<sup>177</sup>. Ressalva-se ainda a possibilidade do TPI ser comunicado para se manifestar e tomar posição, caso uma disputa entre Estados versando sobre o Estatuto de Roma seja apresentada perante a CIJ, hipótese na qual deveria o secretário da CIJ informar ao TPI para que este tomasse posição<sup>178</sup>.

O TPI possui competência originária para tratar dos crimes previstos no Estatuto. Enquanto o TPI possa utilizar a interpretação da CIJ em conceitos como o genocídio, a corte criminal possui plena e total competência para analisar todos os assuntos relativos a interpretação do Estatuto de Roma e aos casos penais à Corte apresentados. Sendo o órgão central de um sistema jurídico próprio e fechado em si para a resolução do caso penal, não há razão para o TPI precisar de uma opinião consultiva da CIJ, focada na resolução de controvérsias sobre a interpretação de tratados. Deste modo, a resposta para a pergunta se uma opinião consultiva seria necessária, tem-se que não haveria porque o TPI solicitar esclarecimentos a respeito da interpretação do Estatuto de Roma para a CIJ, pois a corte criminal possui ampla (senão maior) qualificação técnica para lidar com questões de seu instrumento constitutivo.

Poderia ocorrer, por sua vez, colaboração internacional entre os dois organismos, como ocorreria, por exemplo, na produção de provas? A questão da cooperação parece evidente e é defendida igualmente por Dihn, Daillier, Forteau e Pellet<sup>179</sup>. Ainda, se for analisado o Acordo entre o TPI e a ONU, tem-se que o TPI poderá solicitar a cooperação das Nações Unidas, incluindo o fornecimento de documentos e outras várias formas de cooperação, desde que compatíveis com as finalidades das organizações<sup>180</sup>. Ora, considerando a CIJ um órgão da ONU, esta está obrigada a seguir o direito internacional interno desta organização e respeitar os acordos pelo Secretário Geral celebrados (logo, cooperando com o TPI). Já o Estatuto da CIJ possibilita a Corte solicitar a outra organização uma opinião de

---

<sup>177</sup> \_\_\_\_\_. *Droit International Public*, p.1007-1008.

<sup>178</sup> Conforme explicam de maneira geral DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*, p. 992.

<sup>179</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*, p. 992.

<sup>180</sup> Neste sentido, encontram-se em especial a seção 3 e o artigo 5 do Acordo.



especialista<sup>181</sup>. Na hipótese da CIJ ser confrontada com uma matéria criminal, seria prudente a solicitação de uma opinião especializada do TPI, até mesmo para diminuir a possibilidade de decisões conflitantes.

Os efeitos jurídicos de uma eventual medida consultiva perante a CIJ que considerasse um Estado em descumprimento do Estatuto de Roma não seriam muito diferentes (se é que seriam) dos efeitos que uma decisão de descumprimento emitida pelo TPI, ou a Assembleia dos Estados Partes<sup>182</sup> teriam. Os Estados-Parte do Estatuto de Roma e a própria Corte (através de seu Promotor, seu Presidente ou Secretário) poderiam tranquilamente levar a questão ao Conselho de Segurança para a adoção de medidas sancionatórias ao Estado e a indivíduos (por exemplo, através do Sistema Interlaken), alegando que a situação de violação ao Estatuto de Roma consistiria numa ameaça a paz e a segurança mundiais.

Do mesmo modo, já ocorreu do próprio TPI comunicar ao Conselho de Segurança o descumprimento por parte de diversos estados membros da ONU de mandados de prisão emitidos pelo TPI, especificamente nas situações de Darfur/Sudão e da Líbia, pois ambas foram situações referidas ao TPI pelo Conselho de Segurança, através de resoluções pelas quais os estados membros das Nações Unidas (alguns dos quais não integram o TPI) restavam obrigados a cooperar com o TPI. Até o encerramento deste artigo, o Conselho de Segurança não aplicou sanção alguma contra os Estados descumpridores do Estatuto de Roma.

Além disso, todos os membros das Nações Unidas estão, teoricamente, obrigados a cumprirem os julgamentos da CIJ do qual sejam partes<sup>183</sup>, podendo a parte prejudicada recorrer ao Conselho de Segurança, o qual poderá tomar as medidas que considerar necessárias para o cumprimento da decisão. Importante frisar que devido as nuances da política internacional e do poder de veto existente no Conselho de Segurança, este mecanismo nunca foi utilizado. Em outras palavras, as medidas coercitivas mais fortes no leque de opções para forçar o cumprimento de uma decisão da CIJ jamais foram adotadas<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, art 50.

<sup>182</sup> Reunião dos Estados Partes do Estatuto de Roma, considerada o órgão político do TPI.

<sup>183</sup> UN Charter, art.94,1.

<sup>184</sup> Vale mencionar aqui a reclamação da Promotora do TPI, Fatou Bensuda, ao Conselho de Segurança em 05 de junho de 2013. Critica a Promotora o fato que o Conselho de Segurança não tomou medida



Deste modo, pode-se afirmar que não cabe uma solicitação de opinião consultiva diretamente pelo TPI, nem muito menos seria esta necessária ou teria efeitos jurídicos que somente seriam atingidos por esta medida. Tanto uma notícia de descumprimento por parte do TPI ou de um Estado Parte do Estatuto de Roma, quanto uma reclamação vinda de um descumprimento de uma decisão da CIJ esbarrariam nos meandros políticos do Conselho de Segurança da ONU. Isto não impede, de maneira alguma, a solicitação de cooperação internacional entre as duas cortes, como delineado em especial no Acordo TPI/ONU. Cabe analisar, ainda, a possibilidade de decisões da CIJ e do TPI entrarem em conflito em situações pontuais, por causa da fragmentação do direito internacional.

## 2 A POSSIBILIDADE DE CONFLITO DE DECISÕES

Em princípio, ambas as cortes possuem competências delimitadas o suficiente para se duvidar da possibilidade de um conflito. Enquanto uma trata de casos penais envolvendo indivíduos, outra trata de controvérsias de direito internacional público envolvendo Estados (ou eventualmente organizações internacionais). No entanto, postula-se aqui pela possibilidade de um conflito entre decisões da CIJ e do TPI, não a respeito da eventual culpabilidade de um indivíduo (o que desde já se salienta: não é a competência da CIJ), mas quanto a decisões que, mesmo tendo causas de pedir diversas e tenham embasamentos jurídicos opostos, possam uma impossibilitar a efetividade da outra.

Isto poderá ocorrer, por exemplo hipotético, caso um Estado prenda e inicie procedimento de entrega de um indivíduo supostamente protegido por alguma norma de imunidade diplomática, como por exemplo o caso Bemba<sup>185</sup>, vice presidente e senador da República Democrática do Congo, portador de passaporte diplomático congolês, preso por autoridades belgas e enviado ao TPI. Caso Kinshasa apresentasse (o que, reforça-se, não ocorreu) demanda a CIJ com pedido cautelar face Bruxelas, tendo em vista a eminente entrega de seu diplomata à Haia, alegando que o artigo do

---

alguma, mesmo após sete comunicações dos juízes do TPI informando ao Conselho de Segurança o descumprimento do mandado de prisão contra Omar al Bashir por parte de estados que o receberam.

<sup>185</sup> Bemba foi preso por autoridades belgas e enviado para o TPI sem que houvesse recurso da República Democrática do Congo a CIJ. Desta forma, o caso que se apresenta aqui é hipotético,



Estatuto de Roma garantiria a imunidade de Bemba, teríamos as duas cortes se debruçando sobre o dilema de um mesmo indivíduo. A situação seria ainda mais complicada caso a CIJ entendesse que o caso era precedente e que Bruxelas não poderia entregar Bemba ao TPI. Restaria configurado um claro conflito de sentenças: Bélgica: entregue/não entregue. Qual das decisões deveria o governo belga acatar, levando-se em consideração não haver hierarquia entre as cortes?

No caso República Democrática do Congo v. Bélgica, a CIJ se aproximou de certo modo desta questão, ao enfrentar a aplicação da lei de jurisdição universal belga. Kinshasa reclamara perante a CIJ sobre a validade de um mandato de prisão emitido por Bruxelas contra ministro das relações exteriores congolês<sup>186</sup>. A CIJ saiu pela tangente e declarou-se incompetente para lidar com questões de jurisdição universal<sup>187</sup>.

Outro caso de conflito foi citado por Koskeniemi e Leino. Trata-se do conflito a respeito da extensão das represálias em conflitos armados<sup>188</sup>. Enquanto a CIJ definiu que as represálias beligerantes deveriam respeitar a medida da proporcionalidade, do mesmo modo que ocorre com a autodefesa<sup>189</sup>, o TPII decidiu de forma diversa no caso, determinando que tal medida seria de todo modo proibida<sup>190</sup>.

No caso Delalić; Zdravko Mucić, Delić e Landžo (Čelebici Camp), a Câmara de Apelações do TPII tomou uma forte posição no sentido da absoluta independência entre a sua Corte e a CIJ. Afirmou a Câmara que apesar da CIJ ser o órgão máximo judicial da ONU, do qual o TPII faz parte<sup>191</sup>, não há hierarquia entre as

---

<sup>186</sup> Não obstante os problemas que tal mandato traria para uma eventual viagem do indivíduo a Bélgica, tal situação se amplia quando se nota que o mandato belga teria validade em toda a Europa.

<sup>187</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Democratic Republic of the Congo v. Belgium. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000. *Judgement of 14.02.2002*. Judges ,Guillaume, Shi, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Koojimans, Rezek, Al-Khasawneh, Buerghental, Bula-Bula (*ad hoc*), Van den Wyngaert (*ad hoc*), Oda.

<sup>188</sup> KOSKENIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.562.

<sup>189</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality on the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1995. *Advisory Opinion of 08.07.1996*. Judges Bedjaoui, Schwe bel, Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins, § 46.

<sup>190</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Milan Martić, Decision of 08.03.1996. Judges Jorda, Odio Benito, Riad, 17.

<sup>191</sup> O que não seria o caso do TPI, que sequer integra o sistema ONU, pois este Tribunal é criado por um mecanismo independente, o Estatuto de Roma e não por uma resolução do Conselho de Segurança da ONU.



cortes e a Câmara pode chegar a um resultado diverso do julgamento da CIJ, mesmo reconhecendo que não poderia ignorar o estado do direito internacional<sup>192</sup>.

Não é de surpreender a diferente visão de cada uma das Cortes. Enquanto a CIJ mantém-se essencialmente como uma defensora de um direito internacional clássico, negando-se por diversas vezes a olhar a realidade alegando incompetência ou, pior, sustentando pilares de um sistema de direito internacional estatólatra e ultrapassado, como por exemplo a questão de um pretense direito a atuar com represálias "razoáveis" contra a população de outro país, o TPII adotou uma postura mais próxima das populações que sofreram com represálias, reconhecendo que vidas humanas acabam perdidas quando um Estado exerce seu "direito".

Koskenniemi e Lei também tratam da diferença de perfis entre os juízes de cada corte e os resultados disso na jurisprudência das diferentes casas da Haia:

"Sem dúvida as sensibilidades de especialistas em direito humanitário divergem das prevalentes entre juízes da CIJ, quanto a propriedade de envolvimento internacional judicial em guerras civis onde interesses importantes de estados poderosos estão envolvidos. Se os juízes do TPII manifestam uma notável *Missionbewusstsein*, é fútil lutar contra ela através de argumentos sobre a consistência ou o papel privilegiado da CIJ: o ponto é precisamente desafiar *aquela* consistência e *aquelas* preferências."<sup>193</sup>

Em outras palavras, a autonomia do direito criminal internacional do direito internacional serve justamente para desafiar postulados tradicionais jusinternacionalistas, brocados que acabam desafiados pela emergência cada vez mais forte de novos sujeitos de direito internacional.

Talvez a melhor solução seja a leitura sistemática dos direitos aparentemente conflitantes. Retornando ao hipotético conflito se a legalidade da prisão e envio de Bemba fosse discutida perante a CIJ, deveria esta concluir que o

---

<sup>192</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Prosecutor v. Zejnir Delalić; Zdravko Mucić (also known as "Pavo"); Hazim Delić; Esad Landžo (also known as "Zenga") - (Čelebici Camp). *Appeals Judgement of 20.02.2001*. Judges Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar. § 24.

<sup>193</sup> "No doubt the sensibilities of humanitarian law experts differ from those prevalent among the judges of the ICJ on the propriety of international judicial involvement in civil wars where important interests of powerful states are concerned. If ICTY judges manifest a striking *Missionbewusstsein*, it is futile to struggle against it by arguments about consistency or the privileged role of the ICJ: the point is precisely to challenge *that* consistency, and *those* preferences." In: KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p.566-567. O termo em alemão foi mantido conforme o original e significa aproximadamente o conhecimento de missão o conhecimento de propósito de ser.



direito de imunidade é uma construção voltada para proibir a perseguição política e a violação de diplomatas, o que não seria o caso de uma prisão efetuada em cumprimento de um mandado de prisão emitido por um Tribunal Internacional Penal. Isto porque quem restringiu a liberdade de Bemba não foram as autoridades judiciárias belgas, mas foram as autoridades do TPI, com a cooperação das autoridades belgas para executar um mandado de prisão emitido não em Bruxelas, mas na Haia. Não se trata de uma perseguição política de belgas contra congolezes, mas do cumprimento de um mandado de uma corte cuja própria República Democrática do Congo é parte e tem diversos procedimentos em andamento. Se Kinshasa entregou Lubanga e outros, reconhecendo a Corte, dando sequencia a pedido assinado pelo Presidente Kabila que a Corte atuasse na situação em seu país porque não entregaria Bemba?

Ainda, considerando a proibição de prática de crimes internacionais como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão como sendo normas imperativas de direito internacional, não há que se alegar as prerrogativas de líderes face persecuções relacionadas a crimes de tal gravidade, em especial se considerarmos que na maior parte dos casos, são os próprios líderes, no alto de seus gabinetes e escondidos por detrás de cortinas, que cometem tais atos de violência indescritível. Como explica Payam Akhavan, é na voz das vítimas, e não dos burocratas, que se deve buscar a explicação sobre o que seria a justiça<sup>194</sup>.

Por esta razão, considerando que o direito internacional não pode manter-se apegado a postulados imóveis, devendo constantemente buscar a sua renovação e a proteção não de privilégios estatais, mas de vidas humanas, que estaria a Bélgica correta caso entregasse Bemba<sup>195</sup>, mesmo em eventual contrariedade a uma decisão da CIJ. Este é o resultado de uma interpretação teleológica das normas de direito internacional e penal internacional.

Uma última observação seria quanto ao artigo 98 do Estatuto de Roma que proíbe ao TPI emitir mandados de prisão que forcem os Estados a atuarem

---

<sup>194</sup> AKHAVAN, Payam. *Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism*, p.653-654

<sup>195</sup> Relembrando que Bemba foi entregue por Bruxelas ao TPI, onde atualmente responde em processo coberto por amplas garantias de defesa, as quais muitos acusados em jurisdições nacionais jamais poderiam imaginar.





contrariamente a compromissos internacionais, como por exemplo a imunidade. Há debate na doutrina a respeito da obrigação ou não de estados de entregarem indivíduos em situação de proteção diplomática. Enquanto Paola Gaeta acredita que o mandado seria válido mas não poderiam os Estados cumprir<sup>196</sup>, Dapo Akande acredita que o artigo 27 do Estatuto removeria a imunidade e que o mandado deveria ser cumprido<sup>197</sup>.

Acredita-se, sem se estender demais nesta questão, que a postura de Akande é a mais acertada, por interpretar o Estatuto de Roma de forma mais sistemática e teleológica, por não tornar vazio o artigo 27. Ainda, importante mencionar que o controle sobre a aplicabilidade do artigo 98 deve ser realizado não pela CIJ, mas pelo TPI, conforme cada caso concreto, após manifestação do Estado que deteve o indivíduo. Caso o Estado que apreendeu o indivíduo não acredite estar em descumprimento deverá este Estado expor sua situação jurídica aos juízes do TPI, que tratará de negociações com o Estado concessor de imunidade.

Uma última etapa deste artigo diz respeito a contribuições positivas que a CIJ poderá ter no direito criminal internacional, através do aprimoramento de conceitos diversos. A principal contribuição neste sentido ocorreu no caso *Bósnia v. Sérvia e Montenegro*, tratando da questão do genocídio.

### **3 CONTRIBUIÇÕES DA CIJ PARA A CRIAÇÃO DE CONCEITOS NO DIREITO CRIMINAL INTERNACIONAL – O CASO BÓSNIA CONTRA SÉRVIA E MONTENEGRO**

A Corte Internacional de Justiça se debruçou na questão de genocídio por ocasião da demanda *Bósnia v. Sérvia e Montenegro* (primeiro em 1994 e posteriormente em 2007). Embora o foco da CIJ no caso não tenha sido a verificação de responsabilidade criminal de indivíduos, o que já ocorria não muito distante na mesma cidade neerlandesa, mas a verificação da eventual violação pela Sérvia e Montenegro da Convenção de 1948 sobre Genocídio, tal Convenção foi a base para a construção do tipo de genocídio, adotado pelo Estatuto de Roma do TPI e pelos

---

<sup>196</sup> GAETA, Paola. *Does President Al Bashir Enjoys Immunity from Arrest?*, p.332.

<sup>197</sup> AKANDE, Dapo. *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities*, p.337-338.



Estatutos dos Tribunais *ad hoc*. Por esta razão, a decisão de 2007 pode trazer bons elementos interpretativos, com a ressalva que se trata de sistemas processuais diversos.

Antes mesmo da CIJ tratar do assunto do genocídio na região balcânica, o TPII já havia investigado a questão de um ponto de vista criminal, tendo sido necessária a cooperação entre as cortes para evitar um conflito de jurisprudência<sup>198</sup>. Não serão expostos aqui os meandros procedimentais e a peculiaridade do primeiro julgamento, datado de 1996, ter sido novamente avaliado em 2007, pois busca-se uma análise da contribuição da Corte para o conceito de genocídio.

Uma questão de certo modo preliminar, que inicialmente pode parecer mais simples do que realmente é, trata da proibição de um Estado cometer genocídio. Em outras palavras, questionava-se até que ponto a Convenção de Genocídio proibiria Estados de cometerem genocídio (obrigação de não fazer) ou se esta se limitaria, como postulou a Sérvia e Montenegro<sup>199</sup>, a exigir dos Estados (obrigação de fazer) a punição de indivíduos autores do crime de genocídio. Chegou-se ainda a cogitar a possibilidade de se atribuir a responsabilidade criminal a um Estado, uma vez que os crimes<sup>200</sup> seriam cometidos por pessoas físicas<sup>200</sup>.

A contribuição da CIJ ao conceito de genocídio foi tímida, não indo muito além do que outros tribunais já haviam decidido. A corte reconhece a questão do dolo especial necessário para o crime de genocídio<sup>201</sup>, chegando a citar jurisprudência do TPII<sup>202</sup>. Tratando do conceito de limpeza étnica, a CIJ postulou que a

---

<sup>198</sup> TAMS, Christian; MANNECKE, Martin. *The Genocide Case Before the International Court of Justice*, p.7

<sup>199</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc), §156

<sup>200</sup> \_\_\_\_\_. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc) §157

<sup>201</sup> \_\_\_\_\_. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc) §187

<sup>202</sup> \_\_\_\_\_. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges



intenção de tornar uma área homogênea não caracteriza por si genocídio, que exige a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo<sup>203</sup>. Isto não significa que a limpeza étnica não possa, como a Corte bem advertiu, configurar genocídio. Este argumento parece um tanto quanto defeituoso. Ora, querer a homogeneização de uma região, neutralizando a existência de diferentes grupos, significa por si eliminar diferentes grupos, trata-se de uma mera desculpa inventada para tentar descaracterizar o tipo (cometeu os atos, mas não para eliminar o grupo X, mas para fazer do grupo Y o único grupo na região).

Houve discordância entre as partes quanto ao conceito de grupo protegido, fundamental para o crime de genocídio. Enquanto a Bósnia Herzegovina postulou um conceito negativo de grupo (não sérvios), a Sérvia e Montenegro postulou o contrário<sup>204</sup>. A Corte decidiu que o conceito de grupo deve ser positivo, pelo que os indivíduos são (bósnios, croatas, sérvios) e não pelo que não são<sup>205</sup>. Hoje tal conceito evoluiu e, quando se avalia se o individuo agiu com o intuito de eliminar um grupo, a maioria da doutrina afirma que se deve buscar aos olhos do autor do crime se as vítimas pertenciam a um grupo. Deste modo, não se trata mais de saber se o individuo é de certo grupo, mas se o autor do crime considera a vitima como parte de um grupo.

Também se tratou do critério geográfico, destacando a necessidade de observar o impacto que aqueles crimes terão na população daquela localidade geográfica<sup>206</sup>, podendo os ataques restritos a uma localidade específica serem considerados genocídio<sup>207</sup>. Fica claro após a leitura dos critérios utilizados pela CIJ

---

Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc) §188

<sup>203</sup> \_\_\_\_\_. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc) §190

<sup>204</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc), §192

<sup>205</sup> \_\_\_\_\_. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (ad hoc) Kreća (ad hoc), §193

<sup>206</sup> 197

<sup>207</sup> 199



como esta corte se utilizou de jurisprudência já consolidada em sede de outros tribunais, especialmente o TPII. Desta forma, não se pode falar a rigor de inovação no conceito de genocídio por parte da CIJ, o que não exclui futuros e novos desenvolvimentos em outros casos. Ainda, a uniformidade jurisprudencial apresentada a respeito do conceito de genocídio é algo positivo, pois evita o conflito entre jurisdições.

## Conclusões

A questão do conteúdo de cada um dos processos torna impossível que uma corte atue como corte de apelação ou revise as decisões da outra corte em qualquer hipótese, uma vez que se trata de sistemas processuais diversos. Enquanto o conteúdo do processo na Corte Internacional de Justiça é uma *lide*, uma divergência sobre a interpretação de tratados, o TPI tem como objeto de seus processos o chamado caso penal.

Neste sentido, não há o que falar na criação de uma teoria geral do processo internacional, da mesma forma que não há cabimento na teoria geral do processo dentro do direito nacional<sup>208</sup>. Caso uma corte se meta nos assuntos de outra, estar-se-á em lençóis perigosos. Mas enquanto uma puder cooperar com a outra, tanto de um ponto de vista prático (como o que ocorreria com a troca de documentos ou a cooperação como especialistas) quanto de um ponto de vista de construção teórica (com a importante ressalva que os conceitos devem ser reanalisados por cada uma das cortes).

Por mais que o direito internacional seja caracterizado por ser fragmentado, a criação de um sistema hierárquico com uma corte geral se imiscuindo em assuntos de cortes é algo a ser evitado, dada a especialidade de cada corte e a autossuficiência dos sistemas inaugurados por diferentes subsistemas de direito. Reconhece-se a possibilidade que todos os tribunais contribuam, cada qual em sua

---

<sup>208</sup> A mais forte crítica a teoria geral do processo vem de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual em sua aula magna por ocasião do concurso para provimento de Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná chegou a chamar a Teoria Geral do Processo de “falácia” e “engodo”. Para maior detalhes, verificar MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*.



competência, para a construção de conceitos do direito internacional. A especialidade do direito criminal internacional demanda juristas com formação diversa da formação dos juízes da CIJ, no sentido que esses devem ter preparo avançado não só em direito internacional, mas também em direito criminal, como as dificuldades das cortes em lidar com as formas de atribuição de responsabilidade criminal individual demonstram.

Alguns juízes, como Adrian Fullford, do Tribunal Penal Internacional, neste sentido, questionaram postulados que vinham sendo defendidos por internacionalistas no que diz respeito a *joint criminal enterprise*, instituto odioso do ponto de vista do direito criminal mas menina dos olhos para muitos internacionalistas. Finalmente, é de se indicar que a entrada na CIJ de Julia Sebutinde, juíza com formação e histórico em casos criminais, tanto em Uganda quanto na Corte Especial para Serra Leoa, poderá de algum modo contribuir para o aperfeiçoamento das técnicas de direito penal em tribunais internacionais, especialmente na CIJ, uma vez que outras cortes como o TPI, TPII, TPIR, CESL e as Câmaras Extraordinárias do Camboja já possuem em suas fileiras uma maior especialização em direito criminal.

Por estas razões, acredita-se que a atuação da CIJ em matérias criminais é em primeiro lugar, restrita a solução de litígios entre estados envolvendo matérias de direito internacional, ou eventualmente da ONU e seus organismos, dentre os quais não se encontra o TPI. Ainda, conclui-se que há pouco que uma opinião consultiva ou um julgamento da CIJ pouco contribuiria para as atividades do TPI que não seria possível de obtenção por outros meios (em outras palavras, há pouco, se é que há o que o TPI obteria numa decisão da CIJ que não poderia ser obtida de outro modo). Finalmente, é de se observar com extrema cautela a atividade da CIJ para lidar com casos criminais, uma vez que seu sistema processual, formação de juízes, procedimento, politização não são os mais indicados para se tratar de casos criminais, enquanto outras cortes mundiais tratariam melhor do assunto. No entanto, é possível e desejável a contribuição da CIJ para a construção de conceitos e para a cooperação judicial internacional, visando a diminuição da fragmentação do direito internacional, desde que respeitando a autonomia e a especialidade do TPI.

## Referências



AKANDE, Dapo. The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities. Oxford: Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, n.7, v.2, 2009, p.333-352, p.337-338.

AKHAVAN, Payam. Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace?: Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism. Baltimore: The Johns Hopkins University Press. *Human Rights Quarterly*, n.3, v.31, Aug. 2009, p. 624-654

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris: LGDJ, 8e. édition. 2009.

GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoys Immunity from Arrest?. Oxford: Oxford University Press. *Journal of International Criminal Justice*, n.7, v.2, 2009, p.315-332.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality on the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1995. *Advisory Opinion of 08.07.1996*. Judges Bedjaoui, Schwebel, Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Democratic Republic of the Congo v. Belgium. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000. *Judgement of 14.02.2002*. Judges ,Guillaume, Shi, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Koojimans, Rezek, Al-Khasawneh, Buerghental, Bula-Bula (*ad hoc*), Van den Wyngaert (*ad hoc*), Oda.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). *Judgment of 26.02.2007*. Judges Higgins, Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepulveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Mahou (*ad hoc*) Kreća (*ad hoc*)

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Prosecutor v. Milan Martić, *Decision of 08.03.1996*. Judges Jorda, Odio Benito, Riad.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Prosecutor v. Zejnil Delalić; Zdravko Mucić (also known as "Pavo"); Hazim Delić; Esad Landžo (also known as "Zenga") - (Čelebici Camp). *Appeals Judgement of 20.02.2001*. Judges Hunt, Riad, Nieto-Navia, Bennouna, Pocar.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. Cambridge: Cambridge University Press. *Leiden Journal of International Law*, v.15, n.3, sep.2002, p.553-579.

MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

NEGOTIATED RELATIONSHIP AGREEMENT BETWEEN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE UNITED NATIONS (2004).



PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! Firenze: European University Institute. *European Journal of International Law*, v.10, n.2, 1999, p.425-434

ROME STATUTE 2002.

STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1945.



## A VALIDADE JURÍDICA DA OPERAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONGO: UMA RELEITURA DO PARECER CONSULTIVO DE 1961 DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Javier Rodrigo Maidana<sup>209</sup>

**Resumo:** Este trabalho acadêmico tem por escopo averiguar se as bases jurídicas que confirmam a legalidade da Operação das Nações Unidas no Congo dadas pelo parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça de 1961 e referente às despesas da organização, são válidas frente à doutrina das operações de paz. Quer-se analisar se a interpretação prevalente no parecer da Corte ainda é adequada ao cruzá-la com os mais de cinquenta anos de prática desse instituto.

**Palavras-Chave:** Corte Internacional de Justiça, Organização das Nações Unidas, Operações de Paz, Parecer Consultivo.

**Abstract:** This paper attempts to investigate whether the views expressed by the ICJ in the advisory opinion of 1961 in the *Expenses* case, with regard to the lawfulness of the United Nations Operation in the Congo are still relevant for assessing the legal basis of contemporary peacekeeping operations.

**Keywords:** International Court of Justice, United Nation, Peacekeeping Operations, Advisory Opinion.

### 1. Introdução: A questão do parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça

No início da década de 1960, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), recebeu uma solicitação enviada pela Assembléia Geral, requerendo um parecer consultivo<sup>210</sup> atinente à interpretação do artigo 17, parágrafo 2º<sup>211</sup> da Carta das

---

<sup>209</sup> Mestre em Direito em Relações Internacionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional *Ius Gentium* do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC/CNPq.

<sup>210</sup> Parecer consultivo é uma das funções pertinentes a CIJ, no qual faz uma análise jurídica da questão proposta, emitindo sua opinião frente o caso concreto e as normas de Direito Internacional. Esse instituto não contém poder vinculativo tendo mais um caráter técnico de análise. O parecer consultivo em tela e demais documentos podem ser acessados pelo *site* da CIJ no endereço: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=ceun&case=49&k=4a&p3=0>> Acesso em: 18 abr. 2013.

<sup>211</sup> Art. 17 - 2. As despesas da Organização serão custeadas pelos Membros, segundo cotas fixadas pela Assembléia Geral. – NAÇÕES UNIDAS, *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, p.14. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersolInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf)> Acesso em: 15 maio 2013.





Nações Unidas (CNU) a qual versa sobre o orçamento da organização. A questão envolvia, de forma resumida<sup>212</sup>, o debate sobre a capacidade da Assembléia Geral de vincular os Estados membros a contribuírem com as despesas referentes às operações de paz no Congo iniciada em 1960 e a operação criada pela organização para situação da Crise de Suez de 1956.

Embora tenha entendido pela legalidade da indagação principal<sup>213</sup>, para chegar a esta afirmação a Corte precisou responder, também de forma afirmativa, a uma questão preliminar. Essa diz respeito à legalidade do lançamento das operações no Congo e na região de Suez sendo, parte do objeto deste trabalho, averiguar quais as bases jurídicas que fundamentam a posição da Corte frente à missão na República do Congo intitulada Operação das Nações Unidas no Congo (*United Nations Operations in the Congo – ONUC 1960-1964*)<sup>214</sup>.

A outra parte da proposta deste trabalho é fazer uma releitura da posição da CIJ frente à indagação posta pela Assembléia Geral, para averiguar se tais justificativas legais estariam ainda em consonância com a atual doutrina do instituto

---

<sup>212</sup> Na íntegra: "Do the expenditures authorized in General Assembly resolutions 1583 (XV) and 1590 (XV) of 20 December 1960, 1595 (XV) of 3 April 1961, 1619 (XV) of 21 April 1961 and 1633 (XVI) of 30 October 1961 relating to the United Nations operations in the Congo undertaken in pursuance of the Security Council resolutions of 14 July, 22 July and 9 August 1960, and 21 February and 24 November 1961, and General Assembly resolutions 1474 (ES-IV) of 20 September 1960 and 1599 (XV), 1600 (XV) and 1601 (XV) of 15 April 1961, and the expenditures authorized in General Assembly resolutions 1122 (XI) of 26 November 1956, 1089 (XI) of 21 December 1956, 1090 (XI) of 27 February 1957, 1151 (XII) of 22 November 1957, 1204 (XII) of 13 December 1957, 1337 (XIII) of 13 December 1958, 14.41 (XIV) of 5 December 1959 and 1575 (XV) of 20 December 1960 relating to the operations of the United Nations Emergency Force undertaken in pursuance of General Assembly resolutions 997 (ES-1) of 2 November 1956, 998 (ES-1) and 999 (ES-1) of 4 November 1956, 1000 (ES-1) of 5 November 1956, 1001 (ES-1) of 7 November 1956, 1121 (XI) of 24 November 1956 and 1263 (XIII) of 14 November 1958, constitute 'expenses of the Organization' within the meaning of Article 17, paragraph 2, of the Charter of the United Nations?" INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*. Julho, 1961, p. 01. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2013.

<sup>213</sup> "The conclusion to be drawn from these paragraphs is that the General Assembly has twice decided that even though certain expenses are "extraordinary" and "essentially different" from those under the "regular budget", they are none the less "expenses of the Organization" to be apportioned in accordance with the power granted to the General Assembly by Article 17, paragraph 2." INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*, p. 178.

<sup>214</sup> Site oficial da operação: <<http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/onuc.htm>> Acesso em: 18 abr. 2013.



das operações de paz depois de transcorridos mais de cinquenta anos de sua opinião consultiva.

## 2. A questão levada à CIJ: contexto do caso

A ONUC foi criada pela Resolução 143/1960 de 14 de Julho do Conselho de Segurança<sup>215</sup> para atender as solicitações do Secretário Geral referente a situação na República do Congo.

Nesse momento, foi autorizada a criação de uma força de apoio a pedido do governo congolês e prevista entre as possibilidades pela resolução, para auxiliar na crise interna. Nada obstante, as determinações da operação em si não haviam sido postas pelo Conselho de Segurança. A ONUC ganhou forma e nome somente com a Resolução 1474/1960 (ES-IV) de setembro de 1960 da Assembléia Geral<sup>216</sup>, a qual passava a frente do Conselho de Segurança ao definir algumas incumbências à nova força no Congo. Por conta de alguns trechos<sup>217</sup> da citada resolução é que se dá a controvérsia sobre a sua legalidade.

Num primeiro momento, as atribuições dadas pela Assembléia Geral estariam de acordo com a CNU. Segundo o já mencionado artigo 11, parágrafo 2º, a Assembléia tem competência para fazer recomendações relativas a assuntos ligados à manutenção da paz e da segurança internacional com as limitações mencionadas pelo artigo 35, parágrafo 2º e no artigo 12. Quando, porém, essas recomendações necessitarem de “ações”/action por parte da ONU, deve a Assembléia Geral encaminhar o tema diretamente ao Conselho de Segurança por se entender que esse termo se refere às ações de uso da força no cenário internacional.

---

<sup>215</sup> Todas as resoluções aqui citadas do Conselho de Segurança podem ser verificadas pelo site: <<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/>>; As Resoluções da Assembléia Geral, por sua vez, no endereço eletrônico: <<http://www.un.org/documents/resga.htm>> Acesso em: 02 abr. 2013.

<sup>216</sup> GENERAL ASSEMBLY, 1474 (ES-IV) Question considered by the Security Council at its 906th meeting on 16 September 1960. Disponível em:

<[http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/A\\_4510english.pdf](http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/A_4510english.pdf)> Acesso em: 16 maio 2013.

<sup>217</sup> Por exemplo: “Request the Secretary General to continue to take **vigorous action** in accordance with the terms of the aforesaid and to assist the Central Government of the Congo in the restoration and maintenance of law and order throughout the territory of the Republic of the Congo and to safeguard its unity, territorial integrity and political independence in the interests of international peace and security.” [grifo nosso] GENERAL ASSEMBLY, 1474 (ES-IV) Question considered by the Security Council at its 906th meeting on 16 September 1960, p.1.



No caso da ONU, a questão levantada pelos países contrários a sua legalidade<sup>218</sup> adota o seguinte raciocínio: a) a Assembléia Geral carece de legitimidade para autorizar medidas que contenha o uso da força no cenário internacional, tal como previsto no artigo 11, parágrafo 2º da CNU, sendo de plena exclusividade do Conselho de Segurança; b) a palavra *action* do texto original da Resolução 1474/1960 (ES-IV) é interpretada como "ações"/*action* cuja permissão é de competência do Conselho de Segurança e, mesmo que a Resolução 143/1960 tenha mencionado o uso de assistência militar, aquela deveria ser interpretada na linha do citado artigo 11, parágrafo 2º e do Capítulo VII da CNU. Em outras palavras, ainda que a resolução que dá origem a ONUC prevesse uma assistência militar, caberia ao Conselho de Segurança, e a ele apenas, permitir "ações"/*action* de natureza vinculativa. A Assembléia Geral só cabe recomendar atos e não obrigar os Estado membros como se pode observar no Capítulo IV da Carta<sup>219</sup>.

Por consequência, a resolução da Assembléia estaria contra os ditames da Carta e a posição da CIJ deveria ser de confirmar a ilegalidade da Resolução 1474/1960 (ES-IV) e, frente à questão principal do parecer consultivo, da incapacidade da Assembléia Geral para cobrar os pagamentos da operação pelo artigo 17, parágrafo 2º.

A outra corrente de países a favor da legitimidade da ONUC, logo pela legalidade da cobrança, fazem outra interpretação dos citados artigos e acrescem diferentes razões.

<sup>218</sup> Dos Estados membros que enviaram as suas declarações escritas manifestando a sua opinião quanto à cobrança dos custos segundo o Artigo 17, parágrafo 2º temos: do grupo contra a cobrança compulsória a República Popular da Romênia, França, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Ucrânia, Bulgária, Bielorrússia, República da África do Sul, Espanha, Portugal, Checoslováquia e *Republic de Haute Volta* (atual Burkina Faso); os que eram a favor manifestaram-se os Estados Unidos América, o Reino da Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Austrália, Japão, Canadá, Holanda e Itália.

<sup>219</sup> Devido a essa suposta falta de observação da Carta na criação da ONUC, a França entende, na mesma linha da União Soviética, que: « *Il est nécessaire que l'Assemblée saisisse clairement ce qu'il y a derrière la demande d'avis qui lui est proposée. On veut, par une procédure détournée, régler des questions fondamentales sur lesquelles la France prend les positions suivantes: «Premièrement, l'Assemblée générale n'a pas le droit, par le simple vote d'un budget, d'étendre les compétences de l'Organisation, sinon, à elle seule, la compétence budgétaire de l'Assemblée conférerait à cet organe les pouvoirs d'un gouvernement mondial. « Deuxièmement, pour tout organe des Nations Unies, le pouvoir d'adresser aux Etats Membres des recommandations ne suffit pas pour leur imposer, sous quelque forme que ce soit, des obligations. « Troisièmement, le pouvoir juridique d'adresser aux États Membres des recommandations ne permet pas, par le détour d'une décision qui est adressée au Secrétaire général - comme dans le cas de la résolution S/438 - de créer des obligations pour les États. »* INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Written Statements*, p.131.

No que concerne a qualificação da *action* elencadas na Resolução 1474/1960 (ES-IV) da Assembléia Geral, a seu ver, não entra no rol dos artigos 42 a 47 da CNU (referente ao Capítulo VII). Tendo por base os relatórios oficiais do Secretário Geral quanto às ações a serem executadas pela ONUC, ou seja, da intenção criadora da operação, alega que ela não foi formatada para executar ações militares ou entrar em embate com as forças atuantes na República do Congo, embora seja composta por contingentes militares. A força que a ONUC estaria legitimada a usar só caberia na possibilidade e no limite da legítima defesa da própria operação e não para iniciar ou entrar em combates, respeitando assim o conteúdo do artigo 11, parágrafo 2º<sup>220</sup>.

Os países a favor da legalidade da situação da ONUC defendem uma competência, ainda que implícita, para a legitimidade da operação no Congo.<sup>221</sup>. Utilizam-se de uma visão mais ampla da própria ONU para fundamentar a legalidade das “ações”/*actions* previstas na resolução da Assembléia Geral, não as ligando às ações observadas no Capítulo VII.

### 3. O parecer consultivo da Corte: seus fundamentos jurídicos

Como já adiantado, a CIJ por nove votos a cinco dá seu parecer consultivo favorável a corrente que reconhece a legalidade da resolução da Assembléia

---

<sup>220</sup> O Reino da Dinamarca traz uma análise interessante: “*No decision has been taken by the Security Council which expressly or implicitly invoked - or could reasonably be interpreted as invoking - Article 42 of the Charter. The use of force which has been authorized by the resolutions of 21 February and 24 November 1961 does not serve the purpose of enforcing decisions of the United Nations against national authorities which are internationally responsible for their conduct, but the much more limited purposes of preserving law and order in the Republic of the Congo, of preventing civil war, and of apprehending certain groups of individuals whose activities were particularly prejudicial to the maintenance of law and order. This is far short of the military action envisaged by Article 42.*” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Written Statements, p. 161. Portanto, do artigo 42 ao artigo 47, estes não seriam aplicáveis e nem dariam a base jurídica das medidas ou “ações”/actions da operação. Isso quer significar que tanto a formação, quanto a atuação da ONUC não contrariam em nada os artigos previstos na CNU.

<sup>221</sup> Os Estados Unidos também segue no mesmo raciocínio do Reino da Dinamarca e adiciona: “*First, the Security Council does not have exclusive competence in the field of maintaining peace and security. Article II (2) expressly gives the General Assembly power to discuss questions and make recommendations in this field. The reference in the last sentence of Article II (2) is to "action" having mandatory force, if and when such action is needed, as determined by the General Assembly. No such "action" is involved in these cases. Second, [...] the directions given to ONUC by the Assembly are within the Assembly's powers. Accordingly, their financing is within the Assembly's power. [...]*” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Written Statements, p. 209..



Geral e, por conseguinte, de definir e cobrar dos Estados membros as despesas da operação no orçamento geral da organização.

A primeira justificação da Corte se baseou pela sequência das resoluções que se seguiram tanto pelo Conselho de Segurança, como pela Assembléia Geral<sup>222</sup> e confrontando-as com as atuações do Secretário Geral:

[...] é impossível chegar à conclusão de que as operações em questão [Congo e da região de Suez] usurparam ou invadiram as prerrogativas conferidas pela Carta ao Conselho de Segurança. A Carta não proíbe o Conselho de Segurança de agir por meio de instrumentos de sua própria escolha: nos termos do artigo 29 que "poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho de suas funções", ao abrigo do artigo 98, podem confiar "outras funções" para o Secretário-Geral.<sup>223</sup>

Assim sendo, é permitido a outros órgãos atuarem em resposta a uma solicitação direta do Conselho de Segurança em conformidade com o que esse declarar. Logo, no que se tange às atividades elencadas pela resolução da Assembléia, essa possibilidade estaria prevista pela Carta para o citado órgão.

Outro argumento referente à ONUC faz alusão ao fato do termo "ação"/*action* presente na resolução da Assembléia Geral não significar ações características do Capítulo VII da Carta.

Rememorando o Artigo 11, parágrafo 2º da CNU, a Corte afirma que não se aplica a sua vedação na situação prática da ONUC. Ela faz uso do artigo 50 no trecho concernentes às "medidas preventivas ou coercitivas contra um Estado pelo Conselho de Segurança"<sup>224</sup> para justificar que as "ações"/*action* previstas pela Assembléia Geral não são *contra um Estado*, o que as tiram do âmbito Capítulo VII.

---

<sup>222</sup> Pela ordem de surgimento: 1) Res. 143/1960 (14/Jul) CS; 2) Res. 145/1960 (22/Jul) CS; 03) Res. 146/1960 (09/Ago) CS; 04) Res. 1474/1960 (Set) (ES-IV) AG; 05) Res. 1583 (XV) (20/Dez) 1960 AG; 06) Res. 1590-1960 (20/Dez) AG; 07) Res. 1592-1960 (20/Dez) AG; 08) Res. 161-1961 (fev) CS; 09) Res. 1595 1961 (Abr) AG; 10) Res. 1599 1961 (Abr) AG; 11) Res. 1600 1961 AG; 13) Res. 1601 1961 AG e 14) Res. 169 1961 (Nov) CS. – CS: Conselho de Segurança; AG: Assembléia Geral.

<sup>223</sup> "[...] it is impossible to reach the conclusion that the operations in question usurped or impinged upon the prerogatives conferred by the Charter on the Security Council. The Charter does not forbid the Security Council to act through instruments of its own choice: under Article 29 it "may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions"; under Article 98 it may entrust "other functions" to the Secretary-General." INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*, p. 177.

<sup>224</sup> Na íntegra: Artigo 50



De fato, as ações levadas a cabo pela ONUC não se referiam a medidas contra o Estado da República do Congo ou de qualquer outro Estado. A Corte entende que:

As forças armadas, que foram utilizadas no Congo não foram autorizadas a tomar uma ação militar contra qualquer Estado. A operação não envolve "medidas preventivas ou coercitivas" contra qualquer Estado ao abrigo do Capítulo VII e, portanto, não constitui "ação" como é utilizado o termo no artigo 11.<sup>225</sup>

Desmitifica, assim, a interpretação alegada pelos opositores de que a ONUC contrariaria a própria CNU, além de que a intenção da Assembléia Geral não era permitir o uso da força, leia-se *action*, no cenário internacional. A CIJ, por conseguinte, entende que a noção de *action* da resolução não comportaria a de "medidas preventivas ou coercitivas", ações de deliberação exclusiva do Conselho de Segurança e vedada à Assembléia Geral. Isso retira qualquer impedimento ou irregularidades para

---

No caso de serem tomadas medidas preventivas ou coercitivas *contra um Estado* pelo Conselho de Segurança, qualquer outro Estado, Membro ou não das Nações unidas, que se sinta em presença de problemas especiais de natureza econômica, resultantes da execução daquelas medidas, terá o direito de consultar o Conselho de Segurança a respeito da solução de tais problemas. [grifo nosso] – NAÇÕES UNIDAS, *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, p. 30.

<sup>225</sup> "The armed forces which were utilized in the Congo were not authorized to take military action against any State. The operation did not involve "preventive or enforcement measures" against any State under Chapter VII and therefore did not constitute "action" as that term is used in Article 11." INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*, p. 177



existência da ONU e seu mandato, vez que não viola os ditames do artigo 42 ao artigo 47 da CNU<sup>226</sup>.

Por fim, levantado em decorrência da pergunta principal, têm-se o ponto atinente a base jurídica da ONU. A CIJ alegou uma curiosa posição:

Não é necessário que a Corte manifeste um parecer referente à qual artigo ou artigos da Carta foram as bases para as resoluções do Conselho de Segurança, contudo se pode dizer que as operações da ONU não incluíam o uso da força armada contra um Estado que o Conselho de Segurança, nos termos do artigo 39, determinou ter cometido um ato de agressão ou de ter violado a paz.<sup>227</sup>

Pelo excerto, no que tange aos fundamentos jurídicos da Carta concernente a constituição da ONU, a Corte silenciou-se. O que se pode especular com a leitura de todo o parecer consultivo é que a CIJ não observa nenhum impedimento na falta de uma previsão normativa que, em termos expressos, conferisse existência à operação no Congo. Mesmo que lhe falte essa precisão, a ilegalidade da operação não se sustenta, pois a ONU está agindo dentro de seu escopo principal, retirando a operação de paz da probabilidade de ser considerada uma ação *ultra vires* da organização<sup>228</sup>. Isso, pois a Corte reconheceu que: a) a força presente na

---

<sup>226</sup> Essa visão adotada pela maioria da CIJ não é unânime. A exemplo, o juiz Vladimir M. Koretsky da União Soviética atuante de 1961 a 1970, denuncia o perigo da CIJ adotar essa interpretação dos fatos, criando uma limitação ao próprio Conselho de Segurança. Em suas palavras: "*The Court's Opinion thus limits the powers of the Security Council and enlarges the sphere of the General Assembly. The Opinion achieves this by (a) converting the recommendations that the General Assembly may make into some kind of "action", and (b) reducing this action, for which the Security Council has the authority, to "enforcement or coercive action", particularly against aggression.*" INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Dissenting opinion by judge Koretsky*, 1961, p.272. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5277.pdf>> Acesso em: 30 maio 2013. No entendimento do juiz, a Assembléia Geral não possui uma prerrogativa tão ampla. "*To reach the conclusion, on the basis of the aforementioned Articles, that the Assembly may "organize peace-keeping operations" would, from a logical point of view, mean, to say the least, an anti-Charter encroachment upon the sphere of powers of another organ; while "to organize peace-keeping operations" means no more than "to perform peace-keeping actions".*" INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Dissenting opinion by judge Koretsky*, p.274.

<sup>227</sup> "*It is not necessary for the Court to express an opinion as to which article or articles of the Charter were the basis for the resolutions of the Security Council, but it can be said that the operations of ONU did not include a use of armed force against a State which the Security Council, under Article 39, determined to have committed an act of aggression or to have breached the peace.*" INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*, p. 177.

<sup>228</sup> Pelo parecer: "*But when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is*



operação não era para entrar em combate; b) a ONU não tinha a intenção de entrar em conflito contra um Estado; e c) que a instrumentalização da operação pela Assembleia Geral se justificaria pelos artigos 29 e 98<sup>229</sup>.

#### **4. Atualidade do parecer consultivo da CIJ: uma releitura frente à doutrina das operações de paz**

Analisa-se o primeiro ponto, o da capacidade do Conselho de Segurança atuar em conjunto com outros órgãos. Essa confirmação se sustenta até então, pois vale notar que na história de formação das operações de paz alguns documentos foram essenciais, entre eles a Resolução nº 377(V) de 1950, também conhecida como resolução “Unidos para a Paz” ou “Resolução Dean Acheson”. Essa resolução foi reconhecida como legitimadora da operação em Suez, porque permite a Assembleia Geral assumir “responsabilidades, podendo ser convocada em Sessão Especial de Emergência, na qual estará habilitada a fazer recomendações aos Estados membros em relação à adoção de medidas coletivas, até mesmo no tocante ao uso da

---

*that such action is not ultra vires the Organization.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*, p.168. Igualmente se pode deduzir pela conclusão final da Corte de que as despesas das operações encontram-se dentro do espectro jurídico do artigo 17 §2 da CNU. Ainda que originadas pelo órgão errado, a operação não ultrapassa as finalidades de manutenção da paz e da segurança internacional. Portanto “When the Organization took action which warranted the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the purposes of the United Nations set forth in Article 1 of the Charter, the presumption was that such action was not ultra vires the Organization. If the action were taken by the wrong organ, it was irregular, but this would not necessarily mean that the expense incurred was not an expense of the Organization.” INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice Not an official document: certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the Charter)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5261.pdf>> Acesso em: 03 maio 2013.*

<sup>229</sup> Confortti e Focarelli também aludem a outro ponto o qual pode ser adicionado nesse elenco ao mencionar que “[...] il termine « azione » di cui all’art. 11, par. 2, sembra riferirsi a qualsiasi misura sanzionatoria, come tale riservata esclusivamente al Consiglio, non importa se raccomandata, autorizzata o imposta agli Stati.” CONFORTTI; FOCARELLI. *Le Nazioni Unite*, p. 315. Portanto, não tendo a ONU um caráter sancionatório ao Estado da República do Congo, essa ação poderia ser adotada pela Assembleia Geral. Embora os autores apresentem argumento a favor da tese, numa leitura mais completa da suas observações, sua posição parece tender a não reconhecer essa possibilidade de ação à Assembleia Geral, colocando, principalmente a missão em Suez como um ato ilegal.





força nos casos de ‘ruptura da paz’ e ‘ato de agressão’, deixando de lado as situações de ‘ameaça à paz’.”<sup>230</sup>

Reforçando a primeira alegação e já adentrando no reconhecimento da coerência da segunda – a falta de clara base jurídica na Carta da existência das operações de paz não invalida as suas ações–, têm-se algumas teorias em socorro a essa lacuna: a) a do imaginário Capítulo VI½; b) a teoria dos “poderes implícitos”; e c) a da consolidação de normas consuetudinárias já reconhecidas pela organização e seus membros<sup>231</sup>. No entanto, a própria ONU, em atos posteriores ao caso, coaduna com a

---

<sup>230</sup> FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as Operações de Manutenção de Paz das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 1999, p.65.

<sup>231</sup> As três principais teorias seriam: a) a do imaginário Capítulo VI½; b) a teoria dos poderes implícitos da organização; e c) o da consolidação de normas consuetudinárias já reconhecidas pela organização e seus membros. Resumidamente a primeira se refere a uma característica das operações de paz: a sua flexibilidade e adaptabilidade em campo. Já se reconhece que as operações de paz não são estáticas e devem ser adaptadas de acordo com as exigências em campo. Portanto, elas poderiam ter seu funcionamento baseado tanto no Capítulo VI como no Capítulo VII adotando um ou outro de acordo com as necessidades fáticas. Essa teoria não se sustenta mais, vez que as operações de paz estão se tornando muito complexas e contando, inclusive, com a participação de Organizações Regionais. Assim, ter-se-ia uma teoria do “Capítulo VI½ mais parte do Capítulo VIII”. Com relação aos poderes implícitos se resumiria na teoria levantada pelo Reino da Dinamarca já mencionado. Também é criticável segundo a observação trazida por Cellamare. Afirma o autor, que essa justificativa deixa em aberto uma falha, se tomada como verdade, visto que não ficou claro os “[...] *criteri giuridici e lasciano un ampio margine di indeterminatezza nella ricostruzione di quali siano i poteri impliciti, in contrapposizione a quelli espressi.*” CELLAMARI, Giovanni. *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 227. Para o autor, fica debilitada qualquer medida que tenha por base essa teoria, pois, devido às suas imprecisões, os Estados membros podem ser reticentes em reconhecer a legalidade e legitimidade de atos com base na teoria dos “poderes implícitos”. O autor sugere outra teoria, a qual “*né sembra che le operazioni possono essere inquadrare nel c.d. poteri residui del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace.*” CELLAMARI. *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*, p. 227. Apesar dessa teoria dos “poderes residuais” parecer mais segura e limitadora de distorções, ainda padece da mesma imprecisão jurídica alegada para a teoria dos “poderes implícitos”. Por fim a teoria da consolidação de normas consuetudinárias já reconhecidas pela organização e seus membros é a que mais se manteria, visto a aceitação de outros documentos da própria ONU que auxiliam na instrumentalização das operações, como mencionado no corpo do texto principal. Focarelli e Conforti mencionam que essa consolidação da regra consuetudinária seria formada de uma interpretação a partir do artigo 42 da Carta e culminaria na Resolução 377 (V) da Assembleia Geral. Entretanto, os autores mencionam que essa fundamentação consuetudinária não é pacífica por duas situações. Ainda que aprovada pela ONU, durante seu debate “*la competenza dell’Assemblea fu persistente ed efficace l’opposizione da parte di un gruppo di Stati, precisamente degli Stati socialisti [...]*” demonstrando um ponto de discordância quanto a resolução. O segundo momento se dá com relação aos países que apoiaram a aprovação do citado documento votando por sua aprovação, porém “*hanno finito per rivedere le loro posizioni.*”. CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *Le Nazioni Unite*. (8ª ed.) Milão: CEDAM, 2010, p. 317. Esses dois momentos de discordância geram dúvidas quanto a aceitação de uma



opinião da CIJ quanto a falta de necessidade de uma base jurídica expressa para validar a existência das operações. Isso, pelo o que se pode deduzir dos demais documentos essenciais a formação da doutrina das operações de paz, observados a sua prática e a aceitação dos Estados membros.

Além da mencionada Resolução nº 377(V) de 1950, outros dois importantes documentos surgidos são a “Agenda para Paz” de 1992 e o “Relatório Brahimi” de 2000, principalmente<sup>232</sup>.

Os pontos elencados pelos documentos acima são confirmados mais uma vez em 2008 pela *United Nations Peacekeeping Operations: principles and guidelines*<sup>233</sup>, também chamado de *Capstone Doctrine*. É tido como o manual básico para se compreender o universo das operações de paz das Nações Unidas. Ele reconhece que a falta de uma precisa base legal para sua existência não invalida as ações das operações de paz, pelo contrário a “vinculação das operações da paz das Nações Unidas com um determinado capítulo da Carta pode ser ilusória para fins de planejamento operacional, formação e execução do mandato.”, e complementa que

---

pretensa formação e aceitação de norma consuetudinária para fundamentar juridicamente as operações de paz.

<sup>232</sup> Nas palavras de Raquel Bezerra Cavalcanti Leal de Melo: O primeiro [...], é considerado o marco referencial das operações de paz multidimensionais de segunda geração, onde, pela primeira vez foi desenvolvido o conceito de *peacebuilding* como parte integrante das novas missões estabelecidas no pós Guerra Fria, para lidar com conflitos intra-estatais. O “Relatório Brahimi”, como ficou conhecido, foi o produto de esforços, no sentido de fazer uma ampla revisão das operações de paz, sob todos os seus aspectos, realizada a pedido do Secretário-geral. [...] O documento contém recomendações formuladas para assistir no planejamento e condução das referidas missões, convertendo-se, portanto, num elemento crucial nos rumos do processo de institucionalização delas.” MELO, Raquel B. C. L. *Processo de Institucionalização das Operações de Paz Multidimensionais da ONU no Pós-Guerra Fria: direitos humanos, polícia civil e assistência eleitoral*. 2006. Tese (Doutorado em Relações Internacionais). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro p. 141-142. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9540@1](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9540@1)> Acesso em: 09 abr. 2013.

<sup>233</sup> Esse documento procura sistematizar melhor os avanços e mudanças sofridas pelo instituto das operações de paz com as experiências da década de 1990, delimitando melhor sua natureza, suas fundações doutrinárias e demais questões, formatando e caracterizando as operações de paz da ONU. UNITED NATIONS, *United Nations Peacekeeping Operations: principles and guidelines*. New York: United Nations, 2008.

Disponível em: <[http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone\\_Doctrine\\_ENG.pdf](http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf)> Acesso em: 03 dez.. 2012.



“mandatos do Conselho de Segurança diferem de situação para situação, dependendo da natureza do conflito e os desafios específicos que apresenta.”<sup>234</sup>

Assim sendo, uma base jurídica fixa para a formação de uma operação de paz não é fundamental e nem desejável, devido à própria natureza adaptativa do instituto. Em outras palavras, reconhecer a existência do instituto das operações de paz não depende e não pode ser delimitada a um único capítulo ou artigo específico da Carta. As ações do instituto é que devem ser especificadas, podendo utilizar-se do Capítulo VI, Capítulo VII ou até Capítulo VIII de acordo com a necessidade da situação em campo, transitando entre esses capítulos<sup>235</sup>.

O último ponto elencado alude à interpretação do termo *action* concebido na resolução da Assembléia Geral. Entendeu-se que a interpretação correta do termo não colocaria a operação dentro do âmbito do Capítulo VII da Carta em que só o Conselho de Segurança poderia autorizar, garantindo a legalidade da ação pela Assembléia Geral.

O raciocínio da CIJ foi muito interessante a perspicaz, ainda mais pela época. A fim de manter a legitimidade da ONU, o órgão não interpretou o termo *action* como ações para entrar em combate. É uma interpretação aceitável e ainda em voga pelo princípio do não uso da força, salvo em legítima defesa e do mandato. “O princípio do não uso da força, exceto em legítima defesa, remonta ao primeiro envio de tropas de paz armada das Nações Unidas em 1956”<sup>236</sup> e permite que as operações,

---

<sup>234</sup> “*Linking United Nations peacekeeping with a particular Chapter of the Charter can be misleading for the purposes of operational planning, training and mandate implementation.*” [...] “*Security Council mandates differ from situation to situation, depending on the nature of the conflict and the specific challenges it presents.*” UNITED NATIONS, *United Nations Peacekeeping Operations: principles and guidelines*, p. 14 e 16.

<sup>235</sup> As operações de paz são norteadas, ainda, pelos demais documentos da ONU, a exemplo: a Resolução do Conselho de Segurança 1325 (2000) sobre mulheres, paz e segurança; a Resolução do Conselho de Segurança 1612 (2005) sobre crianças e conflitos armados; a Resolução do Conselho de Segurança 1674 (2006) sobre a proteção de civis em conflitos armados. Esse instituto se moldará na categoria de ação mais adequada para o caso concreto, seguindo o conjunto de determinações legais presentes em acordos internacionais.

<sup>236</sup> “*The principle of non-use of force except in self-defense dates back to the first deployment of armed United Nations peacekeepers in 1956.*” UNITED NATIONS, *United Nations Peacekeeping Operations: principles and guidelines*. p. 34.



ainda que não baseadas no Capítulo VII, possam defender-se do ataque de grupos rebeldes que venham a atacá-la na tentativa de frustrar os acordos de paz<sup>237</sup>.

Portanto, quanto ao uso da força apenas para legítima defesa, como foi o caso da ONUC, a visão da CIJ é ainda válida devido a ser um dos princípios basilares das operações de paz. Caso contrário, referenciar expressamente o Capítulo VII se faz essencial quando se utilizar a força para outro propósito. Especificar de que maneira ela será exercida também é requisito significativo para que os próprios operadores da operação em campo tenham clareza quanto aos limites da categoria de ação<sup>238</sup> em que atuam, de acordo com o sustentado pelos documentos e resoluções recentes da ONU.

### Considerações Finais

Pelo presente exposto, a interpretação pela afirmação da CIJ frente a legalidade da ONUC é atacável. Em outros termos, a Corte entendeu pela legalidade da

---

<sup>237</sup> Com relação a esse princípio, deve restar claro que o uso da força tem alguns aspectos já consolidados para que não se confunda com outras ações da organização e que não desestabilize a região. Seriam eles: a) ser a resposta proporcional à agressão sofrida; b) o uso do poder de fogo é utilizado de forma tática e específica; c) e é restrita para responder a um ataque e não para realizá-los, ou seja, não é para entrar em combate. A época, o princípio estava sendo desenvolvido e não comportava, ainda, a noção já reconhecida da “defesa do mandato”. Como bem elucida Uziel em sua obra, “o termo em inglês *self-defense* compreende apenas a defesa de si, razão pela qual foi necessário acrescentar ao longo do tempo a expressão *except in self-defense and defense of the mandate*”. UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010, p.23. Essa observação é oportuna, porquanto, a gradual consolidação do princípio demonstra visivelmente essa expansão. Primeiro se desenvolveu o conceito da legítima defesa da missão em si para, em seguida, aceitar a noção de defender o mandato, ou seja, o objetivo e os meios de efetivá-lo. Decerto que, para se chegar a essa conclusão, alguns equívocos quanto ao uso da força ocorreram no desenrolar das operações de paz. No caso específico da ONUC, com o deterioramento da situação em campo, o Conselho de Segurança, preservando o princípio citado, modificou as características da operação via a Resolução 161/1961 de fevereiro e a Resolução 169/1961 de novembro, ambas de 1961. Essas autorizam claramente a possibilidade do uso da força mais intensiva pela ONUC frente aos grupos atuantes na região, principalmente na questão de secessão do Catanga. Remolda, dessa forma, a função e a categoria de ação da operação para responder a necessidade em campo, e, sendo o Conselho de Segurança o legitimador do uso da força, não há o que se questionar quanto à legitimidade.

<sup>238</sup> Quanto ao tema das diferentes categorias de ações das operações de paz e a necessidade de bem defini-las ao lançá-las vide: MAIDANA, Javier Rodrigo. Operação de paz das Nações Unidas: consequências e peculiaridades na definição das suas categorias de ações. In: *Direito internacional em expansão – Vol. 1 – Anais do 10º congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Wagner Menezes, organizador. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.



operação, contudo não logrou convencer os opositores de sua tese de forma satisfatória. A própria votação de nove contra cinco demonstra uma decisão não pacífica e, até certo ponto, disputada. Até onde essa decisão foi realmente circunscrita a questão jurídica ou se foi influenciada por elementos políticos de sua conjuntura histórica é uma indagação ainda em aberto.

Pelo cruzamento de dados entre as considerações prevalentes do parecer da CIJ frente à legalidade da ONUC e a doutrina das operações de paz, a opinião consultiva da Corte quanto a interpretação do artigo 11, parágrafo 2º é sustentável e apta a assegurar a formação de outras operações, desde que venham a ter características símiles em campo. Isso pelo já aludido de que a existência das operações não possui uma previsão certa no seio da ONU, além de não ser interessante fazê-lo. Suas ações sim devem ser balizadas nos capítulos da CNU devendo ser garantido a ampla adaptabilidade à operação as mais complexas situações em campo.

Prevalece o entendimento que se: a) a ação não se trata de medidas para iniciar um conflito armado contra Estados, ou, pelo entendimento atual, iniciar qualquer operação de caráter militar ofensivo da ONU (Capítulo VII); b) não ter o intuito sancionatório contra o Estado hóspede (artigos 40, 41 e 42); c) ser um pedido e ter o consentimento do Estado membro hóspede da operação (princípio do consenso); d) estar de acordo com os propósitos basilares de manutenção da paz e da segurança internacional que regem a existência da ONU (Preâmbulo da CNU e o Capítulo I); e) e respeitar os princípios formadores das operações de paz, entre eles, o do não uso da força, salvo em legítima defesa ou do mandato (*Capstone Doctrine*), é defensável que a Assembléia Geral forme outra futura operação pelo mesmo rito que lançou a ONUC.

Quando o Conselho de Segurança deseja que, mesmo no campo das operações de paz, o contingente militar tenha mais liberdade para fazer uso da força, ele faz referência direta ao Capítulo VII. Assim sendo, dependendo da categoria de ação mais adequada para atender a situação no local e do que se pretende realizar, poder-se-á fazer uso do mencionado capítulo ou não, garantindo a flexibilidade necessária ao instituto e utilizando o(s) capítulo(s) mais adequado para cada situação.

## Referencias Bibliográficas



CELLAMARI, Giovanni. *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999;

CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *Le Nazioni Unite*. (8ª ed.) Milão: CEDAM, 2010;

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as Operações de Manutenção de Paz das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 1999;

GENERAL ASSEMBLY, 1474 (ES-IV) *Question considered by the Security Council at its 906th meeting on 16 September 1960*. Disponível em: <[http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/A\\_4510english.pdf](http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/A_4510english.pdf)> Acesso em: 16 maio 2013;

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the charter) advisory opinion*. Julho, 1961, p. 01. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2013;

\_\_\_\_\_, *Dissenting opinion by judge Koretsky*, 1961, p.272. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5277.pdf>> Acesso em: 30 maio 2013;

\_\_\_\_\_. *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice Not an official document: certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the Charter)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/5261.pdf>> Acesso em: 03 maio 2013;

\_\_\_\_\_. *Written Statements*, p. 270. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/49/11781.pdf>> Acesso em: 01 maio 2013;

MELO, Raquel B. C. L. *Processo de Institucionalização das Operações de Paz Multidimensionais da ONU no Pós-Guerra Fria: direitos humanos, polícia civil e assistência eleitoral*. 2006. Tese (Doutorado em Relações Internacionais). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro p. 141-142. Disponível em: <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9540@1](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9540@1)> Acesso em: 09 abr. 2013;

NAÇÕES UNIDAS, *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, p.14. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartaONU\\_VersolInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartaONU_VersolInternet.pdf)> Acesso em: 15 maio 2013.

SECURITY COUNCIL. *Res. 143(1960) S/4387 14 July 1960*. p. 2. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/143\(1960\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/143(1960))> Acesso em: 16 maio de 2013;

UNITED NATIONS, *United Nations Peacekeeping Operations: principles and guidelines*. New York: United Nations, 2008. Disponível em: <[http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone\\_Doctrine\\_ENG.pdf](http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf)> Acesso em: 03 dez.. 2012;

UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010.



## ENTRE CAUTELA E FANTASMAS: O PROBLEMA DO USO DE *EXPERTS* NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Lucas Carlos Lima\*

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é analisar o uso de *experts ex curiae* pela Corte Internacional de Justiça como instrumento de obtenção e compreensão de dados científicos nos casos submetidos à sua apreciação. O problema ganhou relevo após a opinião dissidente dos juízes Simma e Al-Khasawneh no caso *Papeleiras* (2010) que demonstrou a tensão existente entre o procedimento não frequentemente utilizado pelo artigo 50 do Estatuto e o uso de “*phantom expert*” (*experts* nomeados informalmente pela Corte para auxiliá-la na fase de deliberação) sem previsão estatutária. Ante esse contexto, na primeira parte do trabalho será verificada a maneira como as normas da Corte (Estatuto e Regulamento) preveem a utilização de *experts*. Na segunda parte examina-se o conflito entre a cautela no uso de *experts ex curiae* e a tendência do uso de *experts fantasmas*. Como conclusão, verifica-se a existência de uma dificuldade relativa aos instrumentos que a Corte possui para obtenção e análise dos dados científicos, instrumentos esses que vêm criticados tanto internamente como também no âmbito acadêmico, demonstrando a necessidade da Corte repensar sua abordagem nesta questão.

**Abstract:** The purpose of the present work is to analyze the use of *experts ex curiae* before the International Court of Justice as an instrument for obtaining and understanding the scientific data contained in cases submitted to its judgment. The matter gained substance after the dissenting opinion of the judges Simma and Al-Khasawneh in the *Pulp Mills* case (2010), which demonstrated the existence of a tension between the infrequently used procedure of article 50 of the Statute and the use of “*phantom experts*” (*experts* used unofficially by the Court in order to assist the deliberations), which is not provided for in the same Statute. Bearing such context in mind, the first part of this work considers the way in which the norms of the Court (Rules and Statute) regulate the use of *experts*. In the second part, it is examined the conflict raised when considering the caution in the use of *experts ex curiae* and the tendency to use *phantom experts*. As a conclusion, it is verified that there is a difficulty in relation to the instruments available to the Court to the obtainment and examination of the scientific data. Such instruments are criticized both internally as well as in the academic field, which denounces the necessity of the Court to rethink its approach to this matter.

---

\* Mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com bolsa de pesquisa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisador do Ius Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq, possui sua linha de pesquisa voltada aos tribunais internacionais.  
Endereço eletrônico: lucaslima00@hotmail.com



## INTRODUÇÃO

A moderna prática de adjudicação internacional tem evidenciado um crescente surgimento de questões técnicas e científicas como objeto da apreciação jurisdicional de diversos tribunais internacionais<sup>239</sup>. Essa especialização dos *fora* internacionais reclama instrumentos eficientes que possam efetivar um adequado acerto fático das questões científicas e técnicas com finalidade probatória.

Uma dessas maneiras de relação às questões técnicas de uma disputa é o recurso aos *experts*<sup>240</sup> para identificação de questões científicas que ultrapassam os limites jurisdicionais de evidência, i.e., os limites que um jurista possui em relação à apreciação da matéria fática técnico-científica de um determinado caso. Essencialmente, *experts* podem figurar de duas maneiras perante tribunais internacionais, sejam eles *experts* indicados pelas partes (*experts ex parte*) ou então *experts* indicados diretamente pela corte ou tribunal (*experts ex curiae*). Os primeiros são típicos dos sistemas baseados no *common law*, sendo os segundos típicos da tradição continental<sup>241</sup>. Inexistindo uma predominância de sistemas no âmbito das regras de procedimento internacionais<sup>242</sup>, pode-se falar de uma convivência entre ambos os sistemas de maneiras distintas, a depender do órgão de solução de controvérsias que está sendo tratado.

Possuindo um sistema de *fact finding* essencialmente fundado num sistema adversarial<sup>243</sup> de procedimento (em oposição ao sistema inquisitorial)<sup>244</sup>, a Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte) possui a tendência de relegar às partes a

---

<sup>239</sup> Nas palavras de Shabtai Rosenne (2007, p.237): “*There is no question that modern international relations, and hence modern diplomacy and modern international litigation, is daily becoming increasingly concerned with scientific and technological facts. The law too, all law including international law, has to face this*”.

<sup>240</sup> Utiliza-se o termo *expert* como sinônimo de “perito” ou “perito”. Ainda que a língua portuguesa possa utilizar exclusivamente o termo “perito” ou “perito” para evidenciar o profissional dotado de conhecimento técnico, utiliza-se o termo “expert” em virtude do termo latino, da nomenclatura das discussões em inglês, francês e das decisões e normas internacionais a respeito.

<sup>241</sup> ROMANO, 2011, p.1.

<sup>242</sup> ROMANO, 2011, p.1. Segundo o autor “*International law, being a legal system on its own right, which is not the mere juxtaposition of the two main world legal traditions, approaches the issue at hand in its own idiosyncratic way, making the experience of national courts of limited interest*”.

<sup>243</sup> Embora a jurisdição da Corte Internacional de Justiça possa ser exercida na forma de resolução de conflitos entre Estados (função contenciosa) ou então fornecendo opiniões consultivas a requerimento das organizações internacionais autorizadas (função consultiva), o objetivo aqui não é o de analisar o uso de *experts ex curiae* na função consultiva. Embora nunca tenha ocorrido uma só ocasião na jurisprudência da CIJ ou de sua antecessora na qual a Corte designasse *experts* numa questão consultiva, segundo Gilian WHITE (1996, p.539) tal possibilidade poderia ocorrer.

<sup>244</sup> BENZING, 2012, p.1238.





obrigação da prova, em observância ao princípio estabelecido em sua jurisprudência de que *actori incumbit onus probandi*<sup>245</sup>

Contudo, a recente decisão em junho de 2010 no *Caso Relativo às Papeleiras no Rio Uruguai (Argentina v. Uruguai)* (doravante *Caso Papeleiras*) reacendeu a discussão acerca do papel que estas figuras processuais possuem no contexto probatório da própria Corte. A questão ganha notável relevo quando, em sua opinião dissidente conjunta neste caso, os juízes Simma e Al-Khazawneh criticam o posicionamento da Corte quanto a esta temática.

Ante esse contexto, o objetivo principal do presente estudo é averiguar o recente problema acerca do uso de *experts ex curiae* pela Corte Internacional de Justiça como instrumento de obtenção e compreensão de dados científicos nos casos submetidos à sua apreciação. Desse modo, num primeiro momento, identifica-se os dispositivos existentes no Estatuto e no Regulamento da Corte sobre o uso de *experts*, passando-se brevemente pela casuística da Corte. Na segunda parte examina-se o conflito entre a cautela no uso de *experts ex curiae* e a tendência do uso de *experts fantasmas* (*experts* nomeados informalmente pela Corte para auxiliá-la na fase de deliberação) sem previsão estatutária.

## 1. AS NORMAS DA CORTE RELATIVA AO USO DE EXPERTS EX CURIAE.

Sendo os órgãos jurisdicionais internacionais “largamente dependentes das evidências levadas perante eles”<sup>246</sup>, um adequado acertamento das matérias fáticas e evidenciárias serve não somente a facilitar o trabalho do órgão adjudicante, como igualmente a dotá-lo de maior transparência e confiabilidade. Confiabilidade porquanto permite que as partes tenham certeza de que o órgão irá se munir de instrumentos apurados para sopesar as provas e ter acesso as evidências de um determinado conflito, especialmente na compreensão dos dados científicos; transparência porque permite às mesmas partes conhecerem o *iter* pelo qual o órgão palmilhará para realização deste objetivo. Importante pontuar que estes dois critérios, *inter alia*, são critérios importantes que são considerados pelas partes para a escolha de um órgão internacional de solução de litígios. Nesse sentido, o uso de *experts*

---

<sup>245</sup> AMERASINGHE, 2005, p.61.

<sup>246</sup> ROSENNE, 2007, p.38.



permite a Corte integrar seu julgamento de conhecimento técnico especializado (*expertise*) através de uma profissional, grupo de profissionais ou de instituições qualificadas e dotadas deste conhecimento técnico.

Resta claro, portanto, que o recurso aos *experts ex curiae* é um poder que a CIJ possui para verificação da matéria técnica ou científica. Assim como a Corte pode aceitar a prova pericial oriunda das partes<sup>247</sup>, pode ela mesma a *proprio motu* nomear peritos para aclarar determinada situação fática. Este poder da Corte encontra fundamento no artigo 50 de seu Estatuto de 1946<sup>248</sup>, que assim dispõe:

A Corte poderá, em qualquer momento, confiar a qualquer individuo, corporação, repartição, comissão ou outra organização, à sua escolha, a tarefa de proceder a um inquérito ou a uma perícia<sup>249</sup>.

Ainda que não encontre previsão específica nas Convenções de Haia de 1899 e 1907 (como outros dispositivos do Estatuto da Corte) a prática de uso de *experts* não é uma inovação do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (cuja grafia manteve-se intacta no estatuto da atual CIJ) em relação à prática arbitral. Embora a inspiração seja embasada no artigo 90 da Convenção de Solução Pacífica de Controvérsias de 1907<sup>250</sup>, este dispositivo não prevê o uso de *experts* pela Corte Permanente de Arbitragem, mas sim *experts ex parte* apreciando questões probatórias de conhecimento específico, estando, portanto, em consonância com a prática arbitral do período de se utilizar peritos das partes para soluções técnicas<sup>251</sup>. Christiam J. Tams, em seu estudo sobre o artigo 50 da Corte, aponta que previsões similares foram inseridas recentemente em “um grande número de outros órgãos judiciais e arbitrais internacionais”<sup>252</sup>, o que serve a demonstrar a importância do dispositivo enquanto um instrumento probatório ao qual órgãos jurisdicionais podem recorrer.

Segundo Dionisio Anzilotti, em discussão acerca do Regulamento da Corte no ano de 1936, os poderes da Corte previsto no artigo 50 do Estatuto são

---

<sup>247</sup> Dentro das previsões do artigo 48 do Estatuto da Corte.

<sup>248</sup> A versão do texto é idêntica à versão da antecessora da atual CIJ, a Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo estatuto é datado de 1920.

<sup>249</sup> Trata-se da versão brasileira do texto. Na versão em inglês: “*The Court may, at any time, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion*”. Na versão francesa: “*A tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix.*”.

<sup>250</sup> The proceedings are conducted exclusively in writing. Each party, however, is entitled to ask that witnesses and experts should be called. The Tribunal has, for its part, the right to demand oral explanations from the agents of the two parties, as well as from the experts and witnesses whose appearance in Court it may consider useful.

<sup>251</sup> Cf. LAPRADELLE; POLITIS, 1923.

<sup>252</sup> TAMS, 2012, p.1288.



também um “princípio geral de procedimento”<sup>253</sup>, calcado na discricionariedade da Corte. Nas palavras do italiano “este é um poder que pode ou não pode ser usado segundo sua discricção”<sup>254</sup>. A discricionariedade referenciada por Anzilotti é endossada por Tams, quando afirma que a Corte “goza de uma ampla margem de discricionariedade na aplicação do artigo 50”<sup>255</sup>. Esta discricionariedade tem um importante desdobramento, qual seja, a livre escolha por parte do órgão julgante de aceitar ou não fazer uso dos *experts* por ela nomeados. Na prática da Corte Internacional de Justiça já ocorreram situações<sup>256</sup> em que mesmo as partes requisitando seu uso, a Corte preferiu discricionariamente dela não fazer uso.

O procedimento específico quanto ao uso de *experts ex curiae* – regulado nos artigos 67 e 68 do Regulamento da Corte<sup>257</sup> – reforça esta ideia de discricionariedade da Corte para a indicação de *experts*, salientando o critério de “necessidade” da Corte em aclarar uma determinada situação técnica ou científica que não restou comprovada ou que é controversa na documentação apresentada pelas partes. É igualmente importante salientar que o procedimento prevê a posterior apreciação das partes do relatório emitido pelos *experts*, existindo a possibilidade de emitirem comentários a este. Tal previsão é uma possibilidade que o regramento da Corte oferece às partes na tentativa de balizarem o teor e a importância dos resultados apresentados pelos *experts*, permitindo não só maior transparência na produção de provas por parte da Corte, como igualmente reforça o princípio da boa administração da justiça.

Das considerações acima evidenciadas ante o cotejamento das normas da Corte prevendo o uso de *experts* é possível depreender a existência de um

---

<sup>253</sup> PCIJ, Series D, No. 2, 3<sup>rd</sup> Add, 1936 p.247

<sup>254</sup> Do original: “That was a power which it might or might not exercise at its discretion”

<sup>255</sup> TAMS, 2012, p.1293. Do original: “The first point to make is that although Statute and Rules address the matter, the Court enjoys a wide margin of discretion in applying the Art.50. In two respects, the discretionary character of the provision is rather obvious. First, it is the Court that decides about experts or inquiries under Art. 50. As the survey of practice shows, parties do not have a right to have experts appointed by the Court; if they wish to provide expert experience or feel the need for an inquiry, they are entitled to do so by calling their own experts or by organizing their own inquiries (to the extent that they are capable of doing so.”

<sup>256</sup> WHITE, 1996, p.

<sup>257</sup> ICJ RULES, 1978: “Article 67. 1. If the Court considers it necessary to arrange for an enquiry or an expert opinion, it shall, after hearing the parties, issue an order to this effect, defining the subject of the enquiry or expert opinion, stating the number and mode of appointment of the persons to hold the enquiry or of the experts, and laying down the procedure to be followed. Where appropriate, the Court shall require persons appointed to carry out an enquiry, or to give an expert opinion, to make a solemn declaration. 2. Every report or record of an enquiry and every expert opinion shall be communicated to the parties, which shall be given the opportunity of commenting upon it Article 68. Witnesses and experts who appear at the instance of the Court under Article 62, paragraph 2, and persons appointed under Article 67, paragraph 1, of these Rules, to carry out an enquiry or to give an expert opinion, shall, where appropriate, be paid out of the funds of the Court.”.



instrumental técnico que permite a integração deste conhecimento além das iniciativas das partes, o que demonstra uma integração estatutária entre a prática adversarial centrada no *common law* e o procedimento inquisitorial fulcrado essencialmente no sistema continental.

## 2. A TENSÃO ENTRE CAUTELA E FANTASMAS NA EXPERIÊNCIA JURISDICIONAL DA CORTE.

Se as normas da Corte preveem instrumentos para permitir uma convivência entre um sistema adversarial e um sistema inquisitorial de produção probatória, a prática da Corte Internacional de Justiça acerca do uso de experts *ex curiae* é bastante restrita. Ao se analisar a prática da Corte acerca do uso de *experts ex curiae* é possível verificar um diminuto uso do artigo 50 do Estatuto da Corte<sup>258</sup>, restando evidenciada uma certa cautela da Corte em sua utilização. Esta posição vem intituladas por especialistas, ao exemplo de Louis Savadogo<sup>259</sup>, como uma “jurisdição refratária” ao uso de *experts*..

Diversas são as razões que podem ser conjecturadas – muito embora a Corte não tenha fornecido evidências sólidas para sua afirmação – para este comportamento cauteloso por parte da Corte em não utilizar *experts* indicados pelo próprio órgão de solução de controvérsias para apurar questões científicas que podem ser relevantes ao acerto do litígio. Uma das mais claras conjecturas realizadas neste sentido é a perda do poder decisório por parte do órgão judicante quando

---

<sup>258</sup> Apenas em dois casos após 1946 a Corte exerceu sua discricionariedade de indicar *experts*: o *Caso do Estreito de Corfu*, de 1949, Reino Unido v. Albânia, (*Caso Corfu*) e o *Caso da Delimitação da Fronteira Marítima na Área do Golfo de Maine*, Canadá e Estados Unidos da América, de 1984 (*Caso Golfo de Maine*). No âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), apenas um caso encontrou a necessidade da utilização de *experts* nos termos do artigo 50 do Estatuto. Segundo Staufenberg (1936, p.378) outras duas situações ocorreram em que a CPJI permitiu ou solicitou às partes o uso de *experts*, contudo, não sendo ela mesma responsável pela indicação. Tratam-se dos casos da Alta Silésia Polonesa, no qual através da Ordem de 22 de Março de 1926 a Corte invitou as partes a complementar o material probatório que ela considerasse útil, bem como na Opinião Consultiva relativa à competência da Organização Mundial do Trabalho de regulamentar a competência do trabalho pessoal do patrão, na qual autorizou a Federação sindical internacional a produzir provas através de *experts*. No caso da Fábrica de Chorzow, após condenar o governo polonês a pagar uma indenização ao governo alemão, a Corte estabelece que esta indenização será definida através de uma comissão de *experts*, questão esta regulada através de uma Ordem da Corte de 13 de setembro de 1928, a qual permitir à Corte fixar uma indenização “com um conhecimento completo dos fatos: “The Court decides that an expert enquiry shall be held with a view to enabling the Court to fix, with a full knowledge of the facts, in conformity with the principles laid down in Judgement No.13 the amount of the indemnity to be paid by the Polish Government to the German Government under the terms of the aforesaid Judgement No. 13”. (PCIJ, Series A, nº17, p.100)

<sup>259</sup> SAVADOGO, 2004, p.233.



diminui sua margem de discricionariedade de sopesar o material probatório apresentado pelas partes<sup>260</sup>.

Críticas ao não uso da *experts* pela Corte não são uma novidade. Em 1962, no caso do Templo de *Preah Vihear*, o juiz Wellington Koo, numa opinião dissidente, fez sentir sua opinião de que a Corte “deveria ser assessorada por seus próprios experts, sob o artigo 50”<sup>261</sup>, chegando, portanto, a uma satisfatória decisão final que eliminasse os problemas das informações conflitantes apresentadas pelos especialistas.

Se por um lado o uso do artigo 50 do Estatuto da Corte, uma outra prática da Corte tem sido alvo de severas críticas, qual seja, a do uso de *experts* que não são formalmente nomeados, ou nas palavras de Simma e Al-Khazawneh, *experts fantômes*<sup>262</sup>, experts fantasmas ou invisíveis.

Um célebre presidente da Corte, o juiz britânico Robert Jennings, num artigo escrito em 1996 afirmou que

(...) a Corte de maneira não infrequente emprega cartógrafos, hidrógrafos, geógrafos, linguistas e até mesmo especialistas jurídicos para auxiliar no entendimento do assunto de uma controvérsia num caso perante ela; e, como um todo, não tem sentido a necessidade de tornar isto público ou de avisar as partes<sup>263</sup>.

De igual modo, o escrivão da Corte, Philippe Couvreur definiu o papel que estes especialistas desempenham como de “meramente consulta interna”<sup>264</sup> como membros temporários do quadro de funcionários da secretaria da Corte.

O uso de referenciados *experts* apontados pelo presidente Jennings e pelo escrivão Couvreur levanta alguns problemas como, em primeiro lugar, a transparência da deliberação da Corte relativa a questões dotadas de complexidade científica. Não podendo ter acesso aos pareceres destes especialistas, as partes não encontram outra oportunidade de contestá-los ou de oferecer uma contraposição que deveria, tem teoria, ser levada em consideração no racionamento da Corte.

---

<sup>260</sup> Um exemplo nesse sentido é o que ocorre no âmbito do órgão de solução de controvérsias da OMC, o qual prevê a possibilidade do uso de *experts* individuais ou de uma comissão de experts e cuja práxis tem indicado a preferência pelos primeiros, vez que evita “um painel dentro de um painel”. Nesse sentido ver PAUWELYN, J., *The Use of Experts in WTO Dispute Settlement*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, pp. 325–364.

<sup>261</sup> CIJ, *Recueil 1962*, p.100.

<sup>262</sup> CIJ, *Recueil 2010*, p. 114.

<sup>263</sup> JENNINGS, 1996, p.416. Do original: “*the Court has not infrequently employed cartographers, hydrographers, geographers, linguists, and even specialised legal experts to assist in the understanding of the issue in a case before it ; and has not on the whole felt any need to make this public knowledge or even to apprise the parties*”

<sup>264</sup> CIJ, *Recueil 2010*, p. 114.



Um segundo problema que pode-se argumentar é exatamente o da identidade dos mesmos experts. Quem são os fantasmas que auxiliam a Corte, sua proveniência, e possível independência? A práxis internacional (como se verifica nos procedimentos do OSC da OMC, da Corte Permanente de Arbitragem, entre outros órgãos) evidencia a possibilidade de contestar os *experts* ou mesmo do ato de participação de sua escolha. Quando a Corte escolhe determinados peritos para seu auxílio tolhe das partes a possibilidade de manifestação quanto à própria pessoa do *expert*.

O terceiro problema que se coloca é: qual é o fundamento normativo que sustenta a prática da Corte? O uso dos *experts ex curiae* vem claramente previsto no artigo 50 do Estatuto, mas nem o Estatuto nem o regulamento preveem o uso de *experts* assessores. O suposto fundamento desta prática estaria no artigo 62 do Regulamento da Corte<sup>265</sup>, o qual prevê que a Corte pode requerer às partes para produzir evidência a fim de elucidar qualquer questão dos assuntos debatidos ou “por si mesma buscar informações para este propósito”. É uma interpretação discricionária, contudo, considerar que esta previsão permitiria um uso de peritos e pareceristas que as partes não possuem acesso.

Evidencia-se, portanto, uma tensão entre a excessiva cautela que a Corte possui na indicação de *experts ex curiae* e sua prática criticável (tanto dentro de escritos acadêmicos como no interior da Corte) do uso de *experts fantômes*. Uma tensão que leva a questionar se a Corte encontra-se efetivamente dotada de instrumentos capazes de lidar com provas científicas de alta complexidade. E este questionamento possui uma relevante influência na escolha da Corte como um meio eficaz para solução de disputas que tenham como pano de fundo complexas questões da natureza técnico-científica. A opinião dissidente de Simma e Al-Khazawneh (que encontra também eco com as opiniões de Yussuf e também o juiz Keith) e a reflexão posterior no âmbito acadêmico, sobretudo ocorridos no Âmbito ambiental, podem levar a Corte a aprimorar seus instrumentos.

---

<sup>265</sup> Article 62: 1. The Court may at any time call upon the parties to produce such evidence or to give such explanations as the Court may consider to be necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue, or may itself seek other information for this purpose. 2. The Court may, if necessary, arrange for the attendance of a witness or expert to give evidence in the proceedings.



### 3. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Um uso mais frequente das possibilidades solevadas pelo artigo 50 do Estatuto pode contribuir a um aumento de transparência às decisões da Corte e, por consequência, de sua legitimidade enquanto órgão jurisdicional internacional. A questão de fundo que o tema do uso dos *experts* evidencia remete-se à própria acessibilidade da Corte enquanto um órgão *eficaz* de resolução de litígios de alta complexidade técnica. A tensão verificada entre as normas da Corte e sua recente prática é um reflexo do atual e criticável posicionamento da Corte neste sentido.

A prática frequente de *experts fantasmas*, por sua vez, contribui na agudização desta tensão, motivo pelo qual sua utilização deveria ser evitada. Isto se dá exatamente pelo fato que a Corte dispõe de instrumentos que oportunizariam um acesso mais transparente à apreciação de dados científicos em vez da prática dos fantasmas.

Casos futuros que estão sendo decididos pela Corte – e não por acaso que também envolvem a matéria ambiental – como, e.g., o caso *Whaling* ou *Aerial Herbicides*, poderão demonstrar se a Corte optará pela manutenção do atual sistema ou encontrará novas maneiras de fornecer respostas a esta questão.

Uma possível solução que a Corte poderia encontrar buscar seria na prática de outros tribunais internacionais que na contemporaneidade confiam com maior frequência na opinião de *expertise* independente, como é caso do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. O enfrentamento de tal questão pela Corte parece ser uma importante maneira não apenas de buscar um aprimoramento de seus instrumentos, mas também primar pela transparência e pela boa administração da justiça no âmbito contencioso internacional.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Evidence in International Litigation*. Martinus Nijhoff Publishers: The Netherlands, 2005.

BEZING, Markus. *Evidentiary Issues*. In: A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2012, pp. 1234-1275.



COUTASSE, Juan Guillermo Sandoval; SWEENEY-SAMUELSON, Emily. Adjudicating Conflicts Over Resources: The ICJ's Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case. *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, nº 1, 2011, pp.447-441.

JENNINGS, Sir Robert Y. International Lawyers and the Progressive Development of International Law. In: MAKARCZYK, J. *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

ROSENNE, Shabtai. Fact-finding before the International Court of Justice. In: *Essays on International Law and Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.235-250.

ESTATUTO DA CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1920.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1946.

REGULAMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1978.

LAPRADELLE, Albert G; POLITIS, Nicolas. *Recueil des Arbitrages Internationaux*. Tome Deuxième: 1856-1872. Paris: A.Pedone, 1923.

TAMS, Christian J. Article 50. In: A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2012, pp.1286-1299.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Debates preceding the amendment of the 1936 Rules of the Court. Series D, No. 2, 3<sup>rd</sup> Add, 1936.

ROMANO, Cesare P. R. The role of experts in International Adjudication. *Loyola Law School Legal Studies Paper No. 2011-04*, 2011.

SAVADOGO, Louis. Le recours des juridictions internationales à des experts. *Annuaire français de droit international*, volume 50, 2004. pp. 231-258.

STAUFFENBERG, Berthold Schenk von. *Statut et règlement de la Cour permanente de Justice internationale: Eléments d'interprétation*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1934.

WHITE, Gillian. The use of experts by International Court. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. *Fifty years of the International Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 528-540.





## A NACIONALIDADE E O CRITÉRIO DA EFETIVIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DO CASO *NOTTEBOHM*

Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi<sup>266</sup>

**Resumo:** Esse trabalho pretende desenvolver uma análise da temática da nacionalidade no direito internacional, assim como foi abordada pela Corte Internacional de Justiça no julgamento *Nottebohm*, que estabeleceu o critério da efetividade para tornar oponível uma nacionalidade atribuída pelas regras de um Estado perante os demais. Nessa ocasião, a nacionalidade foi definida como vínculo genuíno entre indivíduo e Estado. Ressaltar-se-á que a questão da atribuição da nacionalidade é a ser considerada como domínio de competência estatal, com a ressalva de que se faz necessário respeitar as normas convencionais ou costumeiras em matéria. Essa observação faz com que a atribuição da nacionalidade não seja considerada apenas como uma mera expressão da soberania dos Estados, mas, antes como um direito dos indivíduos e para tanto, far-se-á referência a alguns tratados internacionais que consagram tal direito. Por último, analisar-se-á se o critério da efetividade é ainda utilizado no direito internacional em hipótese de conflito entre mais nacionalidades.

**Palavras-chave:** Nacionalidade, tratados internacionais, *Nottebohm*, efetividade.

**Abstract:** This article means to analyze the topic of nationality under international law, such as it was dealt with by the International Court of Justice in the *Nottebohm* judgment, which established the effective nationality test in order to render a nationality attributed by the rules of one State opposable against the others. On this occasion, nationality was defined as a genuine link between the individual and a State. It will be emphasized that the issue of nationality must be considered as of State competence, bearing in mind that it is necessary to abide by the treaty and custom rules issued in this field. This assessment leads to consider the attribution of nationality as a right of the individuals rather than a mere expression of State sovereignty, and therefore, reference will be made to some international treaties that enshrine such right. At last, this article will analyze if the effective criterion is still used by international law in case of conflict among multiple nationalities.

**Key words:** Nationality, international treaties, *Nottebohm*, effective test.

---

<sup>266</sup> Mestranda em Direito, área Relações Internacionais na UFSC e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional *Ius Gentium* da UFSC. Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Trento (Itália) em 2009. Bolsista da CAPES.



## INTRODUÇÃO

A nacionalidade, entendida como vínculo entre um Estado e um indivíduo<sup>267</sup>, é um conceito jurídico que adquire uma importância crucial no direito internacional já que ela é o critério que fundamenta vários institutos como proteção diplomática, jurisdição exercível por um Estado fora de seu próprio território e extradição. Definida a nível internacional por uma jurisprudência que remonta à Corte permanente de justiça internacional<sup>268</sup>, é reconhecida em geral como matéria onde o Estado possui uma competência exclusiva, como domínio reservado dos mesmos<sup>269</sup> já que cabe a eles definir os critérios de concessão da sua nacionalidade. Essa afirmação foi confirmada pelo célebre acórdão pronunciado pela Corte Internacional de Justiça em 1955 com o caso *Nottebohm*. Desde então, o princípio de que a matéria da nacionalidade seja de competência exclusiva dos Estados sofreu algumas críticas e foi revisitado pela jurisprudência internacional e, mais em geral, pelo direito internacional. Esse artigo pretende abordar a questão da nacionalidade no direito internacional contemporâneo, levando em consideração o tratamento que lhe foi reservado ao longo do tempo, para analisar se a mesma pode ser realmente considerada ainda hoje uma matéria de domínio exclusivo do Estado ou se o direito internacional acabou por interferir nesse assunto, tornando-o uma matéria que não concerne apenas à discricionariedade estatal. Outra questão que será abordada é aquela que diz respeito ao critério da efetividade, proclamado no caso *Nottebohm* como critério por meio do qual se estabelece a oponibilidade da nacionalidade de um

---

<sup>267</sup> Francisco Rezek a define como “*un lien politique entre l’Etat souverain et l’individu, qui fait de celui-ci le membre d’une communauté qui constitue la dimension personnelle de l’Etat*”. REZEK, José Francisco. Le droit international de la nationalité. In: *Recueil des cours*. Hague Academy of International Law, vol. 198, 1986, p. 341.

<sup>268</sup> No caso entre Alemanha e Polônia, *Certos interesses alemães na Alta-Silésia polaca*, de 25 de maio de 1926, a Corte permanente de Justiça internacional definiu a nacionalidade como “um laço pessoal” que une as pessoas a um Estado e determina sua situação jurídica. Corte permanente de justiça internacional, série A, n°7, p. 70.

<sup>269</sup> O conceito de “domínio reservado” é considerado por alguns autores como diretamente baseado no direito internacional e na soberania estatal. Din, Pellet et Daillier trazem a definição desse conceito elaborada pelo Instituto de direito internacional: “O domínio reservado é o das atividades estatais em que a competência do Estado não está vinculada pelo direito internacional. A extensão desse domínio depende do direito internacional e varia segundo o seu desenvolvimento. A conclusão de um compromisso internacional, numa matéria dependente do domínio reservado, exclui a possibilidade, para uma parte nestes compromissos, de opor a exceção do domínio reservado a qualquer questão referente à interpretação ou à aplicação do citado compromisso.” DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2003, II ed., p. 449.



indivíduo com a finalidade do exercício da proteção diplomática. Avaliar-se-á a hipótese de que tal critério não pode ser considerado uma regra geral a ser utilizada sempre que existir um conflito entre nacionalidades.

## 1 O CASO NOTTEBOHM

Quando se aborda a temática da nacionalidade entendida como vínculo jurídico entre Estado e indivíduo, é imprescindível analisar o julgamento da Corte internacional de justiça de 1955 no caso *Nottebohm*. O caso em questão foi levado perante a Corte internacional de justiça pelo Principado de Liechtenstein contra a República de Guatemala. Nottebohm era um cidadão alemão nascido em Hamburgo que viveu em Guatemala de 1905 até 1943. Enquanto isso, o segundo conflito mundial tinha eclodido e o Guatemala virou aliado dos Estados Unidos e conseqüentemente inimigo da Alemanha. Tendo em vista o perigo de ver seus bens sequestrados pelo Guatemala, onde ele mantinha alguns negócios, Nottebohm resolveu solicitar ao Liechtenstein a naturalização em 1939. Contudo, os esforços realizados por Nottebohm para evitar o sequestro de seus bens em Guatemala foram vãos e os bens dele foram sequestrados. Após o término do segundo conflito mundial, Nottebohm solicitou ao Liechtenstein de agir em proteção diplomática<sup>270</sup> em seu benefício, e o Liechtenstein recorreu à Corte internacional de Justiça.

A Corte internacional de justiça analisou a questão que versava sobre o direito do Liechtenstein de agir em proteção diplomática e para tanto, examinou a natureza do vínculo de nacionalidade entre Nottebohm e o Estado do Liechtenstein. A Corte declarou o recurso inadmissível já que a nacionalidade não resultava ser “efetiva”, por não existir uma conexão genuína entre Nottebohm e o Estado que pretendia agir em proteção diplomática. Observou-se que a aquisição da cidadania do

---

<sup>270</sup> Como resulta noto, esse instituto refere-se ao prejuízo sofrido por um indivíduo, vítima, que constitui uma ofensa ao direito juridicamente protegido do Estado para fazer respeitar as garantias oferecidas pelo direito internacional aos seus nacionais nas relações com outros sujeitos de direito internacional, nomeadamente, Estados e organizações internacionais. Os dois requisitos para um Estado poder exercer proteção diplomática para com um indivíduo são: nacionalidade da pessoa protegida e o prévio esgotamento dos recursos internos. Definida como “o endosso por um Estado da reclamação de um particular lesado por um fato internacionalmente ilícito de uma reclamação de um particular lesado por um fato internacionalmente ilícito de outro Estado ou de uma organização internacional”. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op.cit.*, p. 824.



Liechtenstein foi motivada por conveniência, não existindo, portanto, relações efetivas entre Estado e indivíduo. A parte mais relevante da pronúncia da Corte é aquela em que se lê que

(...) o direito internacional deixa a cada Estado a competência de fixar as regras que regulamentam a atribuição de sua nacionalidade (...) um Estado não pode reclamar que as regras que ele estabeleceu devem ser reconhecidas por outro Estado a menos que o primeiro não tenha agido em conformidade com o escopo geral de tornar o vínculo jurídico de nacionalidade de acordo com a conexão genuína do indivíduo com o Estado que assume a defesa de seus cidadãos por meio da proteção contra os demais Estados.<sup>271</sup>

Ao afirmar que cabe a cada Estado estabelecer os critérios de concessão da nacionalidade, a Corte internacional de Justiça pretendeu ressaltar que os outros sujeitos de direito não podem contestar esses critérios e, portanto, as decisões tomadas por um Estado são oponíveis apenas na hipótese em que tais critérios não sejam arbitrários<sup>272</sup>. Para tanto, o máximo órgão jurisdicional da ONU fixou o princípio que dispõe sobre a genuinidade do vínculo que liga um Estado ao indivíduo, conseqüentemente, a nacionalidade deve refletir uma conexão efetiva, uma ligação real entre Estado e indivíduo<sup>273</sup>.

O critério da efetividade estabelecido no acórdão *Nottebohm* em linha geral não pretende limitar a competência de cada Estado de determinar quem são seus nacionais. Como leciona Touscoz: “O direito internacional não limita a liberdade de que dispõe o Estado para atribuir ou recusar a sua nacionalidade, mas determina as condições da sua oponibilidade aos outros Estados.”<sup>274</sup> Na ausência de obrigações convencionais, vige a regra costumeira estabelecida pelo acórdão *Nottebohm*. Segundo a prática estatal, presume-se que nascimento, origem e residência

---

<sup>271</sup> “(...) international law leaves to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality (...) a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual’s genuine connection with the State which assumes the defense of its citizens by means of protection as against other States.” ICJ: *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgement (6 april 1955), ICJ Reports 1955, p. 23.

<sup>272</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op.cit.*, p. 506.

<sup>273</sup> “Nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual’s connection with the State which has made him its national.” ICJ: *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgement (6 april 1955), p. 23.

<sup>274</sup> TOUSCOZ, Jean. *Direito internacional*. Lisboa: Europa-América, 1993, p. 130.



fundamentam o vínculo genuíno e efetivo ou a conexão substancial entre indivíduo e o Estado<sup>275</sup>.

## 2 A NACIONALIDADE ENTRE PRERROGATIVA ESTATAL E DIREITO INTERNACIONAL

O fato de a regulamentação da nacionalidade pertencer ao domínio reservado dos Estados foi solenemente declarado pela Corte permanente de justiça internacional em 1923, no parecer consultivo relativo aos Decretos de nacionalidade promulgados na Tunísia e em Marrocos. Contudo o órgão jurisdicional da Liga das Nações especificou que os Estados devem também cumprir com suas obrigações para com outros Estados que descendem das normas de direito internacional<sup>276</sup> e destacou, acabando dessa forma por flexibilizar o conceito de soberania absoluto do Estado nesse setor, que o fato de certa matéria fazer parte da competência exclusiva de um Estado é relativo e depende do desenvolvimento das relações internacionais.

Sete anos mais tarde, os Estados sob auspícios da Assembleia da Liga das Nações, assinaram a Convenção de Haia sobre determinadas questões relativas aos conflitos de lei sobre a nacionalidade, como primeira tentativa a nível internacional de garantir que todos os indivíduos tivessem uma nacionalidade. O artigo 1 da citada Convenção parece ter sido influenciado pelo parecer consultivo da Corte internacional de justiça de 1923. Nesse artigo ressalta-se que apesar de um Estado ser livre de exercer seu direito de definir quem são seus nacionais, tal direito é limitado pelas normas internacionais<sup>277</sup>. Essa é uma área onde os Estados tradicionalmente não admitem interferência por parte de outros sujeitos de direito internacional, já que os primeiros tendem a manter para si mesmos a competência de estabelecer regras de atribuição da própria nacionalidade.

---

<sup>275</sup> BATCHELOR, Carol. Statelessness and the problem of resolving national status. In: *International journal of Refugee Law*, vol. 10, n°1, 1998, p. 161.

<sup>276</sup> “From one point of view, it might well be said that the jurisdiction of a State is exclusive within the limits fixed by international law - using this expression in its wider sense, that is to say, embracing both customary law and general as well as particular treaty-law.” Corte permanente de justiça internacional, série B, n° 4, *National decrees issued in Tunis and Marroco*, p. 23.

<sup>277</sup> “Cabe a cada Estado determinar, segundo sua própria legislação, quem são seus cidadãos. Essa legislação será reconhecida por outros Estados na medida em que seja compatível com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”.



Outro instrumento convencional confirma que cabe somente ao Estado determinar quem é seu nacional ou não: trata-se da Convenção europeia sobre a nacionalidade<sup>278</sup>, assinada no âmbito do Conselho da Europa. Dita Convenção mantém como objetivo evitar os casos de apatridia e a discriminação na abordagem de questões relacionadas com a nacionalidade<sup>279</sup>. O disposto no artigo 3<sup>280</sup> de dita Convenção substancialmente repete o conteúdo do artigo 1 da Convenção de Haia acima citada. Como propriamente destacado por Roberta Clerici: “Dita Convenção, assim como a Convenção de Haia de 1930, visa expressamente codificar as regras de direito internacional em matéria de nacionalidade dos indivíduos, apesar do seu plano regional e de ter recebido poucas ratificações.”<sup>281</sup>

Outras limitações em um setor agora não mais considerado de domínio exclusivo dos Estados derivam do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. De fato, existem vários tratados internacionais que visam limitar a soberania dos Estados em questões referentes à regulamentação da nacionalidade. O desenvolvimento de uma normativa internacional sobre direitos humanos influenciou de forma notável sobre a liberdade do Estado, que cada vez mais se deve deparar com as exigências de tutela dos direitos humanos e da dignidade humana, que deslocaram o fundamento do direito internacional de um sistema de soberanias estatais ao bem-estar dos seres humanos<sup>282</sup>. O acórdão *Nottebohm*, como é possível deduzir do que foi trazido anteriormente, não visava enfrentar a questão da nacionalidade sob a perspectiva dos direitos humanos: a única preocupação era

<sup>278</sup> Assinada em 6 de novembro de 1997 em Estrasburgo e entrada em vigor em 1 de março de 2000.

<sup>279</sup> Como é ressaltada no preâmbulo dessa Convenção. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar19-2000.pdf>. acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>280</sup> O artigo 3 assim recita: “1. Cada Estado determinará quem são os seus nacionais nos termos de seu direito interno.

2. Tal direito será aceite por outros Estados na medida em que seja consistente com as convenções internacionais aplicáveis, com o direito internacional consuetudinário e com os princípios legais geralmente reconhecidos no tocante à nacionalidade.

<sup>281</sup> “*This Convention, just like the 1930 Hague Convention, aims explicitly at codifying the international law rules on the nationality of individuals, in spite of its regional level and of its few ratifications.*” In: BOSCHIERO, Nerina e outros (ed.). *International Courts and the Development of International Law*. CLERICI, Roberta. Freedom of States to Regulate Nationality: European Versus International Court of Justice? The Hague: T. M. C. Asser Press, 2013, p. 843.

<sup>282</sup> HAILBRONNER, Kail. Nationality in public international Law and European law. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/citmodes/files/NATACCh1Hailbronner.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2013.



esclarecer a relação desse instituto com aquele da proteção diplomática, evidente problema interestatal<sup>283</sup>.

As regras internacionais em matéria de nacionalidade tornam-se relevantes segundo duas perspectivas: o direito de possuir uma nacionalidade e a proibição contra a discriminação<sup>284</sup>. Portanto, além de normas costumeiras que se desenvolveram a partir do caso *Nottebohm*, o direito convencional intervém para regulamentar essa questão, acabando por subtraí-la ao domínio exclusivo estatal. Entre esses instrumentos adotados a nível internacional, citam-se a Declaração universal sobre direitos humanos de 1948 onde sobressai o artigo 15<sup>285</sup> nos seus dois parágrafos ou o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 no seu artigo 24§3<sup>286</sup>. Além das convenções internacionais que consagram, no catálogo de direitos protegidos, a tutela do direito da nacionalidade, existem outros instrumentos que versam sobre apatridia e plurinacionalidade tais como as duas Convenções internacionais sobre a apatridia<sup>287</sup> – Convenção sobre o Estatuto dos apátridas de 1954 e a Convenção para redução dos casos de apatridia de 1961 – e a Convenção internacional assinada no âmbito do Conselho da Europa precedentemente mencionada. O direito internacional dos direitos humanos intervém nessa questão, acabando por mitigar o princípio da soberania absoluta dos Estados, no momento em que se persegue o objetivo fundamental de garantir que cada indivíduo possua uma nacionalidade e não sofra discriminações em razão da mesma no gozo de outros direitos tutelados pelas normas convencionais. Alguns tratados internacionais a nível

---

<sup>283</sup> Mads Andenas, instaurando uma comparação entre o caso *Nottebohm* e o mais recente caso *Diallo*, pronunciado pela Corte internacional de Justiça em 2010, ressalta essa mudança de atitude do supremo órgão jurisdicional da ONU. O próprio instituto da proteção diplomática era concebido como uma questão que dizia respeito aos Estados, no entanto, recentemente, a Corte tem mudado de opinião a respeito, considerando o instituto da proteção diplomática como um instrumento efetivo de proteção dos direitos individuais. In: ANDENAS, Mads. Jurisdiction, procedure and the transformation of International Law: from *Nottebohm* to *Diallo* in the ICJ. *Legal studies Research Paper Series*. Paper n° 53/2011, December 2011. Disponível em: <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>. Acesso em 7 de junho de 2013.

<sup>284</sup> Como apontado por Roberta Clerici. In: BOSCHIERO, Nerina e outros (ed.). *International Courts and the Development of International Law*. Op. cit., p.844.

<sup>285</sup> O artigo 15 recita: "1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade." Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>286</sup> "Toda a criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade."

<sup>287</sup> Roberta Clerici aponta essa como exemplo de norma convencional que implementa o direito costumeiro que versa sobre a obrigação de evitar casos de apatridia. In: BOSCHIERO, Nerina e outros (ed.). *International Courts and the Development of International Law*. Op. cit., p. 845.



regional também consagram o direito à nacionalidade: a Convenção interamericana dos direitos humanos, no seu artigo 20 enuncia o direito de toda pessoa à nacionalidade, proibindo a privação arbitrária desse mesmo direito e a alteração da mesma por parte do Estado. O próprio órgão jurisdicional do sistema americano de proteção dos direitos humanos sentenciou no caso *Yean e Bosco contra República Dominicana* que: “[...] a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social que conecta um indivíduo a um Estado. A nacionalidade é um direito fundamental consagrado na Convenção americana, e em outros instrumentos internacionais [...].”<sup>288</sup> No que diz respeito ao continente europeu, vale observar que a Convenção europeia sobre direitos humanos não prevê expressamente o direito do indivíduo à nacionalidade, entretanto, no âmbito do Conselho da Europa, foram elaborados outros instrumentos convencionais que regulamentam questões sobre nacionalidade: além da Convenção europeia de 1997 acima citada, cabe fazer alusão à Convenção europeia sobre a prevenção de casos dos casos de apatridia em relação com a sucessão entre Estados, que entrou em vigor em 2009.

### 3 O CRITÉRIO DA EFETIVIDADE DA NACIONALIDADE

O ponto crucial do acórdão *Nottebohm*, isto é, a existência de um vínculo genuíno entre Estado e seu nacional, foi confirmado no Projeto da Comissão de direito internacional das Nações Unidas sobre proteção diplomática, adotado em 2006. Contudo, o artigo 4<sup>289</sup> desse Projeto acaba por excluir a necessidade da demonstração da existência um vínculo existente entre Estado e nacional na hipótese desse último possuir apenas uma nacionalidade e refere-se ao precedente *Nottebohm* para declarar que a Corte internacional de Justiça não pretendeu estabelecer uma regra geral. Entretanto, é necessário ressaltar que a atribuição da nacionalidade não deve ser contrária ao direito internacional, a saber, não é suficiente que o vínculo seja

---

<sup>288</sup> “[...] nationality is a juridical expression of a social fact that connects and individual to a State. Nationality is a fundamental human right enshrined in the American Convention, and other international instruments.” Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_%20ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_%20ing.pdf). Acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>289</sup> “Para fins de proteção diplomática de uma pessoa natural, o Estado da Nacionalidade significa um Estado cuja nacionalidade esta pessoa adquiriu, em conformidade com a legislação desse Estado, por nascimento, descendência, naturalização, sucessão de Estados ou por qualquer outro modo que não seja contrário ao Direito Internacional.”





reconhecido a nível estatal. Pelo direito internacional, tal vínculo deve espelhar-se em uma relação verdadeira e efetiva entre Estado e indivíduo, especificando que em ausência dessa efetividade, a nacionalidade atribuída por um Estado arriscaria a se expor à não aceitação pelos demais Estados.

O Comentário ao Projeto da Comissão de direito internacional das Nações Unidas sobre proteção diplomática ao artigo 4 recita que:

A proposta do artigo 4 não requer que um Estado prove o vínculo efetivo ou genuíno entre si mesmo e seu nacional, conforme sugerido no caso *Nottebohm* como fator adicional para o exercício da proteção diplomática, mesmo quando o nacional possua apenas uma nacionalidade. [...] Isso sugere que a Corte não pretendia expor uma regra geral aplicável a todos os Estados mas apenas uma regra relativa conforme a qual um Estado que estivesse na mesma situação do Liechtenstein tinha o dever de demonstrar a existência de um vínculo genuíno entre si mesmo e o senhor Nottebohm para permitir que o próprio Estado apresentasse uma queixa em seu lugar contra a Guatemala, com que ele tinha vínculos extremamente estreitos. Ademais, é necessário levar em consideração o fato de que se o requisito da existência do vínculo genuíno proposta no caso *Nottebohm* fosse aplicado de forma rígida, isso excluiria milhões de pessoas do benefício da proteção diplomática já que no mundo de hoje caracterizado pela globalização econômica e a imigração, há milhões de pessoas que se mudaram do seu Estado de nacionalidade e construíram suas próprias vidas em Estados cuja nacionalidade nunca adquiriram ou que adquiriram por nascimento ou origem de Estados com que eles possuem uma conexão tênue.<sup>290</sup>

Pela leitura artigo 5 do mesmo documento, depreende-se que a nacionalidade deve ser contínua, isto é o indivíduo que solicita a proteção diplomática a um Estado deve ser possuir a nacionalidade do mesmo tanto no momento do ilícito que origina responsabilidade internacional de outro Estado quanto no momento da apresentação da solicitação. Essa norma visa evitar que os indivíduos adquiram uma nacionalidade diferente apenas por conveniência, isto é, optem para a nacionalidade de um Estado que possivelmente lhes ofereça maiores garantias de tutela. Portanto, a

---

<sup>290</sup> “Draft article 4 does not require a State to prove an effective or genuine link between itself and its national, along the lines suggested in the *Nottebohm* case as an additional factor for the exercise of diplomatic protection, even when the national possesses one nationality. [...] This suggests that the Court did not intend to expound a general rule applicable to all States but only a relative rule according to which a State in Liechtenstein’s position was required to show a genuine link between itself and Mr. Nottebohm in order to permit it to claim on his behalf against Guatemala with whom he had extremely close ties. Moreover, it is necessary to be mindful of the fact that if the genuine link requirement proposed by *Nottebohm* was strictly applied it would exclude millions of persons from the benefit of diplomatic protection as in today’s world of economic globalization and migration there are millions of persons who have moved away from their State of nationality and made their lives in States whose nationality they never acquire or have acquired nationality by birth or descent from States with which they have a tenuous connection.” Disponível em: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_8\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf), p. 32-33. Acesso em 31 de maio de 2013.



previsão conforme a qual é necessário possuir a nacionalidade nos dois momentos age como desincentivo para eventuais aquisições de nacionalidade fictícia.

Vale debruçar-se também na análise do disposto do artigo 7 do mesmo documento, o qual traz a hipótese de dupla nacionalidade do indivíduo. Nesse caso os dois Estados de nacionalidade do indivíduo não podem exercer proteção diplomática um contra o outro, a menos que não seja possível determinar qual nacionalidade prevalece sobre a outra, e essa prevalência deve existir seja na data do ilícito sofrido seja na data de apresentação da reclamação. Para tanto, requer-se que o Estado que pretende agir em proteção diplomática demonstre a existência de predominância da sua nacionalidade sobre a outra. Contrariamente ao endereço jurisprudencial que negava a possibilidade para um Estado de exercer proteção diplomática em prol de um seu nacional contra outro Estado de que esse indivíduo seria também nacional<sup>291</sup>, desenvolveu-se outra abordagem, utilizada, sobretudo, por tribunais arbitrais, que acabava por admitir esse direito por parte de um Estado que conseguisse demonstrar a existência de um vínculo mais forte, isto é, que predominava a nacionalidade concedida por esse Estado sobre a outra.

Mesmo sendo correto afirmar que a regra da efetividade estabelece que um Estado não seja totalmente livre de regulamentar em matéria de nacionalidade, sobretudo no tocante à oponibilidade da mesma, todavia, ela não pode ser considerada geral, como pelo contrário, o caso *Nottebohm* deixa entender. Nesse sentido, pode-se fazer uma referência a outra jurisprudência, estabelecida no caso *Flegenheimer*, decidido pela Comissão arbitral Itália – Estados Unidos, em 1956. A Comissão arbitral pronunciou-se nesse sentido em relação à teoria da efetividade:

A teoria da nacionalidade efetiva ou ativa foi, contudo, limitada em sua aplicação pelo princípio da não oponibilidade da nacionalidade de um terceiro Estado, que, em um litígio internacional causada por uma pessoa que possui várias nacionalidades, permite dispensar a nacionalidade de um terceiro Estado, mesmo quando essa deveria ser considerada dominante à luz das circunstâncias.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> A Convenção de Haia de 1930 no seu artigo 4 prevê essa impossibilidade: “A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses.”

<sup>292</sup> “The theory of effective or active nationality was nevertheless limited in its application by the principle of the unopposability of the nationality of a third State, which, in an international dispute caused by a person with multiple nationalities, permits the dismissal of the nationality of the third State, even when it should be considered as predominant in the light of the circumstances”. Disponível em: [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_XIV/327-390.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XIV/327-390.pdf), p. 377. Acesso em 31 de maio de 2013.



A própria Comissão, fazendo expressa menção ao acórdão *Nottebohm*, explicita que os juízes da Corte internacional de justiça não pretendiam atribuir um caráter geral ao princípio da efetividade por ela desenvolvido. A brecha dessa teoria foi realizada no momento em que se determinou que a regra da efetividade não pode ser invocada por um Estado para descartar a proteção diplomática que outro Estado pretende exercer em prol de um seu nacional sob o pretexto de que esse possui de forma mais efetiva a nacionalidade de um terceiro Estado<sup>293</sup>.

Assim como foi estabelecido no caso *Nottebohm*, que visava evitar o abuso de solicitações de exercício de proteção diplomática por parte de indivíduos que adquiriam a nacionalidade de um determinado Estado apenas para fugir das leis de guerra que se aplicam aos beligerantes, mais em geral pode-se afirmar que os órgãos jurisdicionais internacionais almejam garantir o princípio essencial da igualdade jurídica dos Estados em assuntos referentes à proteção diplomática<sup>294</sup>. O juiz internacional deve, portanto, possuir certo leque de poderes de apreciação no momento em que o mesmo analisa as questões referentes à nacionalidade. Entretanto, é necessário destacar o fato de que ele não pode interferir na atividade legisladora do Estado, ao atribuir, por exemplo, uma nacionalidade a um indivíduo que corresponde a um comportamento real ou à conexão efetiva com um Estado, não tendo isso, fundamento e respaldo na legislação estatal.

Posiciona-se contra o princípio da efetividade a Corte de Justiça da União Europeia. Mesmo admitindo sua relevância no direito internacional em geral e no âmbito do direito internacional privado, o máximo órgão jurisdicional da União Europeia tende a se afastar do critério da efetividade, sobretudo quando se trata de privilegiar entre duas nacionalidades possuídas por um indivíduo – das quais uma é de um Estado membro e a outra é de um Estado não membro – aquela concedida pelo Estado membro, mesmo quando essa última não corresponda à nacionalidade efetiva<sup>295</sup>. Um caso emblemático em que a Corte de Justiça adota essa postura é o caso

---

<sup>293</sup> PINTO, Roger. Les problèmes de nationalité devant le juge internationale (à propos de l'affair Flegenheimer). In : *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, p. 367.

<sup>294</sup> SLOANE, Robert. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. In: *Harvard International Law Journal*. Vol. 50, n° 1, 2009, p. 22.

<sup>295</sup> Roberta Clerici analisa várias pronúncias emanadas pela Corte de justiça da UE em que esse critério da efetividade é posto de lado em benefício do indivíduo envolvido, que pode desfrutar das liberdades



Micheletti<sup>296</sup> de 1992. Nesse caso o órgão jurisdicional da União Europeia, se referindo à lei espanhola, que em hipótese de dupla nacionalidade, reconhecia aquela da última residência habitual, afirmou que não é admissível para um Estado restringir os efeitos da atribuição da nacionalidade de outro Estado-membro, ao impor uma condição adicional para o reconhecimento da nacionalidade em relação ao exercício dos direitos previstos pelo tratado<sup>297</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional intervém na questão da nacionalidade, desde sempre considerada como um setor de domínio exclusivo do Estado, para regulamentar a oponibilidade da mesma em casos de conflitos de nacionalidade e para garantir que cada indivíduo possua uma nacionalidade. O próprio caso *Nottebohm* foi um marco nesse sentido já que, mesmo apontando-se que a regulamentação da nacionalidade é matéria de domínio estatal, todavia, ressaltou-se que o direito internacional pode intervir nesse setor, ao prever a oponibilidade dos critérios de concessão da mesma perante os outros Estados.

Numerosos tratados internacionais regulamentam a questão da nacionalidade, apontando-a como um direito dos indivíduos, e, existem também convenções que visam reduzir ou eliminar casos de apatridia, condição que deixa o indivíduo em questão desprovido de tutela, o que é indesejável segundo o direito internacional. O direito internacional não pretende retirar dos Estados competência

---

garantidas pelos Tratados da UE a quem é nacional de um país-membro da UE. In: BOSCHIERO, Nerina e outros (ed.). *International Courts and the Development of International Law*. Op. cit., p. 848.

<sup>296</sup> Para citar brevemente os fatos do caso em pauta, tratava-se de um nacional italiano *iure sanguinis* e argentino *iure soli* que solicitou ao Estado espanhol seu direito de estabelecimento no território desse país, conforme previsto pelo artigo 49 TFUE. A Espanha negou o pedido do senhor Micheletti já que considerou relevante não a nacionalidade italiana, mas aquela argentina já que esse foi o último país de residência dele.

<sup>297</sup> “Under international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality. However, it is not permissible for the legislation of a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty. Consequently, it is not permissible to interpret Article 52 of the Treaty to the effect that, where a national of a Member State is also a national of a non-member country, the other Member States may make recognition of the status of Community national subject to a condition such as the habitual residence of the person concerned in the territory of the first Member State.” ECJ: Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, C-369/90, Judgment (7 July 1992).



em matéria de atribuição de nacionalidade, mas sim exigir que eles respeitem alguns princípios mínimos a fim de não prejudicar o indivíduo. O desenvolvimento do critério da efetividade pelo acórdão *Nottebohm*, ademais, reflete uma prática internacional que não encontra mais respaldo na jurisprudência mais recente, sobretudo aquela desenvolvida pela Corte de Justiça da União Europeia. Contudo, esse princípio não caiu totalmente em desuso no direito internacional, encontrando expressão no artigo 7 do Projeto da Comissão de direito internacional das Nações Unidas sobre proteção diplomática, sendo invocável em caso de um indivíduo possuir duas nacionalidades, e um Estado de nacionalidade pode exercer proteção diplomática em relação ao outros se é possível determinar qual entre os dois Estados possui um vínculo mais efetivo com o indivíduo.

### Referências Bibliográficas

ANDENAS, Mads. Jurisdiction, procedure and the transformation of International Law: from *Nottebohm* to *Diallo* in the ICJ. *Legal studies Research Paper Series*. Paper n° 53/2011, December 2011. Disponível em: <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>.

BATCHELOR, Carol. Statelessness and the problem of resolving national status. In: *International journal of Refugee Law*, vol. 10, n°1, 1998

BOSCHIERO, Nerina e outros (ed.). *International Courts and the Development of International Law*. CLERICI, Roberta. Freedom of States to Regulate Nationality: European Versus International Court of Justice? The Hague: T. M. C. Asser Press, 2013

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, II ed., 2003

HAILBRONNER, Kail. Nationality in public international Law and European law. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/citmodes/files/NATACCh1Hailbronner.pdf>.

PINTO, Roger. Les problèmes de nationalité devant le juge internationale (à propos de l'affair Flegenheimer). In : *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963

REZEK, José Francisco. Le droit international de la nationalité. In: *Recueil des cours*. Hague Academy of International Law, vol. 198, 1986

SLOANE, Robert. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of Nationality. In: *Harvard International Law Journal*. Vol. 50, n° 1, 2000

TOUSCOZ, Jean. *Direito internacional*. Lisboa: Europa-América, 1993



## O FUMUS BONI JURIS COMO NOVO REQUISITO PARA A INDICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES?

Patrícia Fernanda Scalco<sup>298</sup>

**RESUMO:** Pretende-se, por meio deste trabalho, estudar o surgimento de um novo requisito para a indicação das medidas cautelares pela Corte Internacional de Justiça, o *fumus boni juris*, tornando-se condição necessária para a concessão das medidas em conjunto com os demais elementos presentes no artigo 41 do Estatuto.

**Palavras- chave:** *fumus boni juris*, medidas cautelares, Corte Internacional de Justiça.

**ABSTRACT:** This article means to study the emergence of a new requirement for the indication of provisional measures by the International Court of Justice, the *fumus boni juris*, making it a necessary condition for the concession of the measures together with the other elements present in Article 41 of the Statute

**Keywords:** *fumus boni juris*, provisional measures, International Court of Justice

### INTRODUÇÃO

A indicação de Medidas Cautelares pela Corte Internacional de Justiça estabelecida pelo artigo 41 do Estatuto enumera alguns requisitos para a concessão da medida. Nos últimos julgamentos, precisamente, após 2001, o elemento do *fumus boni juris* parece tornar-se requisito adicional aos já indicados pela Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte) na sua jurisprudência, quais sejam: competência *prima facie*, a existência de relação das medidas solicitadas e dos direitos das Partes que devem ser protegidos, situação de urgência e dano irreparável.

A discussão que permeia o presente artigo tem como objetivo verificar se o *fumus boni juris* apresentasse como um novo requisito para a indicação das medidas cautelares ou se sempre mostrou-se como elemento intrínseco na jurisprudência da Corte concernente a indicação das medidas. O estudo terá como base cinco casos ajuizados perante a Corte Internacional de Justiça entre os anos de 1991 a 2011: Dinamarca v. Finlândia, Argentina v. Uruguai, Bélgica v. Senegal, Costa Rica v. Nicarágua e Camboja v. Tâilândia.

---

<sup>298</sup> Mestranda em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional - Ius Gentium – UFSC/CNPq. Contato: patricia.f.scalco@gmail.com.



## MEDIDAS CAUTELARES – PREVISÃO ESTATUTÁRIA E REQUISITOS

A indicação de medidas cautelares pelos Tribunais Internacionais, em específico, pela Corte Internacional de Justiça tem como objetivo salvaguardar o direito de cada parte servindo a diferentes propósitos, como por exemplo: o não agravamento das disputas entre as partes, a proteção da vida dos indivíduos envolvidos nos conflitos armados ou genocídio.

A Corte com base no artigo 41, parágrafo 1º do Estatuto, possui como competência a indicação de Medidas cautelares quando requerido pelas partes ou pode agir de *próprio motu*, se assim achar necessário. “A Corte terá o poder de indicar, se considerar que as circunstâncias assim o exigirem, quaisquer medidas cautelares que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada Parte<sup>299</sup>.”

Para que sejam indicadas as medidas cautelares há necessidade de preencher certos requisitos. Primeiramente a Corte deve identificar se possui competência *prima facie*, a existência de relação das medidas solicitadas e dos direitos das Partes que devem ser protegidos, situação de urgência e dano irreparável e, mais recentemente, um novo ponto foi levantado pela Corte; a presença do *fumus boni juris*<sup>300</sup>.

A análise da competência *prima facie*, por se tratar de uma parte incidental do processo e por ser realizada apenas no início do procedimento, é apreciação prévia da competência e restringe-se em verificar se a Corte é competente ou não para emitir as medidas cautelares solicitadas pelas Partes. No julgamento do mérito novamente a Corte analisa o ponto acerca da competência podendo chegar a uma conclusão diferente.

Apurado a existência da competência *prima facie*, o requisito para emissão de uma medida cautelar trata sobre a existência de relação entre as medidas

---

<sup>299</sup> “The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party”. Art. 41, §1º Estatuto da CIJ.

<sup>300</sup> A doutrina clássica trata como requisitos para a indicação de medidas cautelares apenas três condições. Ver: ZIMMERMANN, Andreas et al. **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**. second edition Oxford: Oxford, 2012. 1745 p.



solicitadas e o direito das Partes que devem ser protegidos conforme denota-se no artigo 73 das Regras da Corte:

1. O pedido por escrito para a indicação de medidas cautelares pode ser feito por uma Parte a qualquer momento durante o curso do processo, no caso em conexão com a qual o pedido é feito.
2. O pedido deverá especificar os motivos, as possíveis consequências se não for concedida, e as medidas solicitadas. Uma cópia autenticada será imediatamente transmitida pelo secretário à outra parte<sup>301</sup>.

Do regulamento do Estatuto extrai-se que o pedido deve atender a proteção do direito envolvido na disputa, não a outras questões aleatórias. Por exemplo, se o processo diz respeito a disputa marítimas, a Parte não pode requerer proteção de direitos econômicos, sociais que não estão no mérito do processo.

O dano irreparável como elemento necessário para a indicação de medidas cautelares advém do caso concreto, em que a Parte deve demonstrar através dos elementos fáticos e jurídicos a necessidade improrrogável da Corte manifestar-se naquele momento. “[...] Ao examinar a expectativa do prejuízo, a Corte deve considerar a probabilidade da ocorrência de certo evento e as consequências esperadas se ele ocorrer<sup>302</sup> [...]”. Conforme jurisprudência da CIJ é possível observar que quando se trata de direito à vida, conflitos armados, e até mesmo danos ambientais o dano irreparável é claro<sup>303</sup>. O requisito da urgência “[...] sublinha e justifica as medidas de proteção provisórias [...]”<sup>304</sup>.

O último elemento arguido pela Corte recentemente diz respeito à plausibilidade do pedido: se há mínimos indícios da existência de um direito que deva ser protegido, ou seja, o *fumus boni juris*.

---

<sup>301</sup>1. A written request for the indication of provisional measures may be made by a party at any time during the course of the proceedings in the case in connection with which the request is made. 2. The request shall specify the reasons therefor, the possible consequences if it is not granted, and the measures requested. A certified copy shall forthwith be transmitted by the Registrar to the other party. Art. 73, §§ 1º e 2º, Rules of Court, ICJ. Ver também: ZIMMERMANN, Andreas et al. **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**. second edition Oxford: Oxford, 2012, páginas 1044 e 1045.

<sup>302</sup> ZIMMERMANN, Andreas et al, **2012**, p. 1045. No original: “[...] In examining whether prejudice is in prospect, the Court has to consider both the probability of a certain event occurring and the consequences to be expected if it does” [...].

<sup>303</sup> Vero os casos, por exemplo: Breard, La Grand, Avena, Atividades Militares e Paramilitares, Papeleiras.

<sup>304</sup> ZIMMERMANN, Andreas et al. ZIMMERMANN, Andreas et al, **2012**, p. 1047. No original: “[...] underlines and justifies any interim protection measures [...]”.





O elemento *fumus boni juris* está sendo expressamente utilizado como requisito para indicação de medidas cautelares em recentes casos da Corte<sup>305</sup>. O questionamento que surge é: esse elemento é um novo pressuposto para a emissão de medidas cautelares criado pela Corte na sua jurisprudência recente ou é algo que a Corte já fez referencia em decisões anteriores?

### **UM NOVO REQUISITO? O *FUMUS BONI JURIS*.**

A primeira vez que um Juiz da Corte manifestou-se acerca de uma possível quarta condição para a indicação de Medidas cautelares foi no ano de 1991, caso Finlândia v. Dinamarca. A Finlândia trouxe o caso perante a Corte acerca da disputa entre os dois Estados a respeito de um projeto do Governo da Dinamarca para a construção de uma ponte para o tráfego rodoviário e ferroviário através do estreito do Great Belt, um dos estreitos dinamarqueses que ligam o Báltico com o Kattegat. Essa ponte ficaria suspensa a 65 metros acima do nível do mar, fechando definitivamente o Báltico para embarcações grandes com mais de 65 metros de altura. O pedido da Finlândia nas Medidas cautelares foi a suspensão da construção da ponte, pois estaria violando o princípio da Livre Passagem e a Convenção sobre o Direito do Mar das Nações Unidas.

No entanto, o pedido foi negado. “A Corte, de maneira unanime, considera que as circunstâncias, que se apresentam à Corte, não exigem o exercício constante ao Artigo 41 do Estatuto para indicar medidas cautelares<sup>306</sup>”. Nesse sentido, evidencia-se que os requisitos presentes no Artigo 41 do Estatuto não estavam presentes.

O Juiz Shahabuddeen, em opinião separada, levantou a questão do *fumus bonis juris* na indicação das medidas cautelares requeridas pela Finlândia:

---

<sup>305</sup> Casos: Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica v. Senegal), Medidas Cautelares, CIJ, 2009. Certas atividades realizadas pela Nicarágua na Área de Fronteira (Costa Rica v Nicarágua), medidas cautelares, CIJ, 2011. Pedido de Interpretação da Sentença de 15 de Junho de 1962, o processo relativo ao Templo de Preah Vihear (Camboja v Tailândia) (v Camboja Tailândia), Medidas Provisórias, CIJ, 2011.

<sup>306</sup> Indicação de medidas cautelares, CIJ, 1991, par. 38. No original: Finds that the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures.



[...] Indicar medidas cautelares sem exigir que o Estado requerente demonstre alguma base discutível para a existência do direito que busca ser protegido parece apresentar um problema de reconciliação com o caráter excepcional do procedimento – algum problema sobre fragilidade, tendo em vista a natureza consensual da jurisdição da Corte [...]”<sup>307</sup>

Conforme afirmação do Juiz Shahabuddeen, as medidas cautelares possuem caráter excepcional e a Corte para indicar deve possuir elementos sólidos para a concessão caso ocorra a necessidade de reparação de danos a uma das partes envolvidas. “[...] tem que ter em mente que a Corte está considerando não que o direito que procura ser preservado definitivamente existe, mas se o Estado requerente demonstrou qualquer possibilidade de sua existência<sup>308</sup> [...]”.

No Caso Papeleiras, Argentina v. Uruguai, a Argentina solicitou a Corte a indicação de medidas cautelares, pois segundo a Argentina a construção de duas fábricas de pasta de celulosa construídas à margem do rio Uruguai, fronteira entre os dois países e que utilizam a água de maneira compartilhada, causaria inúmeros danos ao meio ambiente, diante disso o Estado argentino requereu a suspensão imediata da construção das fábricas e todas as medidas necessárias para o cumprimento do pedido. A indicação foi negada.

O Juiz Abraham, em opinião separada, discorreu longamente acerca da existência do requisito do *fumus boni juris* para indicação das medidas cautelares. Conforme afirmação do Juiz, quando as partes apresentam perante a Corte uma demanda precisa-se analisar que:

[...] por um lado tem-se o direito (direitos) arguido pela parte requerente, que afirma estar sob ameaça e para qual busca proteção provisória, e por outro lado, o direito (direitos) da parte oposta, composta, no mínimo, em cada caso, do direito fundamental de cada parte e que cada entidade soberana age livremente desde que suas ações não violem o direito internacional. [...]”<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup> [...]To indicate interim measures without requiring the requesting State to demonstrate some arguable basis for the existence of the right which is sought to be protected would seem to present a problem of reconciliation with the exceptional character of the procedure - a problem of some delicacy, regard being had to the consensual nature of the Court's jurisdiction.[...] Indicação medidas cautelares, CIJ, 1991. Finlândia v. Dinamarca. Opinião Separada Juiz Shahabuddeen, p. 3.

<sup>308</sup> “[...] it has be borne in mind that what the court is considering is not whether the right sought to be preserved definitively exists, but whether the requesting state has shown any possibility of its existence. [...]” Indicação Medidas cautelares, CIJ, 1991. Finlândia v. Dinamarca. Opinião Separada Juiz Shahabuddeen, p. 5

<sup>309</sup> Opinião Separada Juiz Abraham, par. 6 [...]On one side stands (stand) the right (rights) asserted by the requesting party, which it claims to be under threat and for which it seeks provisional protection,



No caso do requerimento pelo Estado da Argentina para indicação de medidas cautelares em face ao Estado Uruguaio, a concessão de tais medidas implicaria “[...] necessariamente na invasão dos direitos soberanos do Estado Responsável, circunscrevendo seu exercício<sup>310</sup>”. Em face de situações tão específicas e que envolvem Estados soberanos a Corte necessita de fundamentos legais que afirmam que o direito pleiteado pelo Estado possui indícios de sua existência e que se acaso ocorra a violação por não haver garantia da preservação pela Corte, no julgamento final, a decisão pode ser ineficaz.

Conforme destaca o Juiz Abraham, o ponto central da questão é que a Corte não vai exigir determinada conduta de um Estado porque o outro Estado afirma que isso é necessário para preservar seus direitos, a parte requerente deverá demonstrar que o comportamento do Estado Réu viola um direito reconhecido pelo Direito Internacional.

Assim sendo, torna-se necessário o preenchimento de três requisitos que se pode afirmar que corresponde a existência do *fumus boni juris*, quais sejam:

Em primeiro lugar, que existe um caso plausível para a existência do direito. Em segundo lugar, é razoável argumentar que a conduta do réu está causando lesão, ou é suscetível de causar dano à parte. Terceiro, e último, que as circunstâncias do caso são tais que a urgência justifica uma medida de proteção para salvaguardar o direito de dano irreparável<sup>311</sup>

No mesmo caso, o Juiz Bennouna (2006), destacou que esse debate já havia sido discutido no caso apresentado a Corte entre os Estados da Finlândia v. Dinamarca.

Já no caso ajuizado perante a Corte em 2009, Bélgica v. Senegal, não foram apenas alguns juízes, que em opinião separada, manifestaram-se acerca do

---

and on the other the right(s) of the opposing party, consisting at a minimum in every case of the fundamental right of each and every sovereign entity to act as it chooses provided that its actions are not in breach of international law. [...].

<sup>310</sup> Opinião Separada Juiz Abraham, par. 6: “[...] necessarily encroaches upon the respondent’s sovereign rights, circumscribing their exercise. [...]”.

<sup>311</sup> Opinião Separada Juiz Abraham, p. 10: “[...]Firstly, that there is a plausible case for the existence of the right. Secondly, that it may reasonably be argued that the respondent’s conduct is causing injury, or is liable to cause imminent injury, to the right. Thirdly and finally, that the circumstances of the case are such that urgency justifies a protective measure to safeguard the right from irreparable harm. [...]”.



*fumus boni juris* como requisito necessário para indicar medidas cautelares, mas sim a opinião da Corte através da análise do pedido realizado pela Bélgica.

O Estado Belga ajuizou perante a Corte Internacional de Justiça demanda contra Senegal sobre a interpretação e aplicação da Convenção contra Tortura das Nações Unidas de 1984. O Governo da Bélgica requereu que fosse determinado que Senegal estaria violando a Convenção contra Tortura, em virtude do Sr. Habré, ex-presidente do Chad estar asilado em Senegal desde 1990, sob a alegação de que este cometeu crimes de tortura e crimes contra a Humanidade, ou, que Senegal cumprisse sua obrigação legal de processar o ex-presidente. Em sede de medidas cautelares, conforme artigo 41 do Estatuto da Corte, Bélgica requereu que fossem tomadas todas as medidas necessárias para que o Sr. Habré ficasse sob o controle e fiscalização das autoridades de Senegal até decisão sobre o mérito pela Corte.

No parágrafo 56 da ordem da indicação de medidas cautelares a Corte exemplifica quais os requisitos que devem ser cumpridos para a concessão da Medida:

Considerando que a competência do Tribunal para indicar medidas cautelares nos termos do artigo 41 do Estatuto tem como objeto a preservação dos respectivos direitos das partes até a sua decisão e que deve, portanto, ser estabelecida uma ligação entre as medidas provisórias solicitadas e os direitos que são o sujeito do processo perante o Tribunal quanto ao mérito do caso<sup>312</sup>.

No parágrafo 57 a Corte declara: “Considerando o poder da Corte de indicar medidas cautelares pode ser exercido apenas se a Corte considerar que os direitos reivindicados pela Parte são aos menos plausíveis<sup>313</sup>”. O *fumus boni juris* torna-se claramente um requisito indispensável para a indicação das Medidas pela Corte<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Indicação de Medidas Cautelares, Bélgica v. Senegal, CIJ, 2009, para. 56. No original: Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object the preservation of the respective rights of the parties pending its decision ; whereas a link must therefore be established between the provisional measures requested and the rights which are the subject of the proceedings before the Court as to the merits of the case.

<sup>313</sup> “Whereas the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible” (Indicação de Medidas cautelares, Bélgica v. Senegal, CIJ, parágrafo. 57).

<sup>314</sup> Ressalta-se que ainda que o *fumus boni juris* não venha retratado na expressão latina, pode-se interpretar esta posição como a formação de um novo requisito. O Juiz Owada afirma “Várias expressões têm sido usadas na jurisprudência como sinônimo de plausibilidade: arguability; fumus boni



Após uma construção jurisprudencial acerca do tema a Corte decidiu levar em consideração os argumentados levantados pelos juízes no decorrer dos anos tornando-se um requisito para a indicação das medidas cautelares.

Em 2011, Costa Rica moveu um caso perante a Corte em face da Nicarágua sob alegação de que o exército da Nicarágua estava ocupando territórios pertencentes à Costa Rica, estabelecendo acampamentos militares violando o regime de fronteira estabelecido entre os dois Estados, bem como princípios das Nações Unidas de integridade territorial, proibição da ameaça ou uso da força conforme artigo 2(4) da Carta e violação aos artigos 1,19, 29 da OEA.

Na ordem de indicação de medidas cautelares a CIJ afirmou que como não pode resolver as reivindicações acerca da soberania dos Estados Partes nesta fase processual, “[...] a Corte só precisa decidir se os direitos reivindicados pelo Requerente sobre o mérito, e para o qual ele está buscando proteção, são plausíveis [...]”<sup>315</sup>.

Outra recente demanda sobre a necessidade da presença do *fumus boni juris* refere-se ao Pedido de Interpretação do julgamento de 15 de junho de 1962, Camboja v. Tailândia. No caso julgado ainda em 1962 a Corte declarou que o Templo de Preah Vihear está situado no território da soberania do Camboja, obrigando o Estado da Tailândia retirar todas as forças militares na localidade do Templo e lugares próximos. Em junho de 2011, o Estado do Camboja requereu a indicação de medidas cautelares em face da Tailândia sob a alegação de que estavam ocorrendo vários incidentes na área do Templo em pontos ao longo da fronteira entre os dois Estados causando mortes e evacuações dos habitantes locais.

Na ordem das medidas cautelares, a CIJ analisou os requisitos necessários para a indicação e destacou o item no que tange a “Plausibilidade dos direitos requeridos no pedido principal”<sup>316</sup>. Segundo a Corte, o Estado do Camboja tentou demonstrar a plausibilidade dos direitos requeridos com relação ao respeito da soberania do Templo de Preah Vihear e integridade territorial. A CIJ conclui que:

---

juris”. (Discurso Juiz Hisashi Owada, Presidente da Corte Internacional de Justiça, ao Sexto Comitê da Assembleia Geral, 2011, p.4)

<sup>315</sup> Indicação de Medidas Cautelares, Costa Rica v. Nicarágua, CIJ, 2011, para. 57. No original: “[...] the Court needs only to decide whether the rights claimed by the Applicant on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible; [...]”

<sup>316</sup> Medidas cautelares, Camboja v. Tailândia, CIJ, 2011, p.9



“Considerando os direitos arguidos pelo Camboja, na medida em que se baseiam na interpretação do julgamento de 1962, são plausíveis<sup>317</sup>”, concedendo a medida cautelar requerida pelo Estado, pois constatou que havia o preenchimento de todos os requisitos necessários, conforme destaca o artigo 41, cumulativamente com o elemento do *fumus boni juris*.

No que tange ao requisito do *fumus boni juris* atualmente existem posicionamentos distintos acerca do surgimento como novo elemento necessário para indicação das medidas cautelares.

O Juiz Owada, afirma que o requisito da plausibilidade não é um novo, mas sim a Corte passou a dar mais importância após 2001. Nas suas palavras:

A plausibilidade dos direitos alegados no estágio das medidas cautelares teve maior importância com a afirmação da Corte, no julgamento em 2001 no caso relativo La Grand (Alemanha v. Estados Unidos), que tais medidas cautelares conforme Artigo 41 do Estatuto são vinculantes<sup>318</sup>.

Já o juiz Abraham afirma que o *fumus boni juris* é sim um novo requisito para indicação das medidas cautelares além dos já presentes na jurisprudência da Corte, contrariando totalmente a corrente que afirma que a plausibilidade é um requisito que sempre existiu, no entanto, até então a CIJ não tinha tratado de maneira separada, por estar implícito nos demais requisitos presentes no artigo 41.

O outro problema que surge com o *fumus boni juris* ser um requisito para indicação das medidas cautelares, seja ele novo ou se tornando mais importante após 2001, é que a Corte não explica claramente o que “plausibilidade” e quais são os elementos necessários que a configuram.

Nos julgamentos: Bélgica v. Senegal; Costa Rica v. Nicarágua e Camboja v. Tailândia a CIJ apenas afirma que “os direitos reivindicados pela parte são plausíveis”. Quais são os elementos necessários para poder reconhecer que a existência do direito é plausível? Quais os indícios da existência do *fumus boni juris*?

---

<sup>317</sup> Medidas cautelares, Camboja v. Tâilândia, CIJ, 2011, para. 40. No original: “Whereas the rights claimed by Cambodia, in so far as they are based on the 1962 Judgment as interpreted by Cambodia, are plausible”

<sup>318</sup> The plausibility of the rights at the provisional measures stage took on added importance with the Court’s affirmation, in its 2001 Judgment in the case concerning LaGrand (Germany v. United States), that provisional measures under article 41 of the Statute were binding. OWADA, Judge Hisashi, 2011.



A lacuna criada nos últimos julgamentos enseja algumas dúvidas e questionamentos. Seria então a plausibilidade não um requisito, mas sim, o conjunto dos elementos presentes no artigo 41 do Estatuto o *fumus boni juris*? Como um Estado que ajuíza uma demanda perante a Corte pode reunir os elementos necessários para configurar a existência do *fumus boni juris* sem parâmetros previamente discutidos?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise dos cinco casos citados verifica-se que o elemento do *fumus boni juris* como requisito para indicação das medidas cautelares advém de uma construção jurisprudencial realizada pela Corte. A primeira vez que o Juiz Shahabuddeen citou a necessidade de indícios mínimos da existência do direito pleiteado pelo Estado autor criou um precedente que foi extensivamente discutido pelo Juiz Abraham 15 anos depois no caso Argentina v. Uruguai, tendo o Juiz Abraham criado a base para no caso Bélgica v. Senegal a Corte determinar como requisito a necessidade de ser plausível o pedido da Parte, ou seja, a necessidade da existência do *fumus boni juris*.

Por ser um elemento novo que surgiu para a indicação de medidas cautelares é difícil descrever se será uma prática que irá se repetir. Ante os argumentos levantados pode-se afirmar que a Corte ao fazer uso desse termo tem como objetivo afirmar que o *fumus boni juris* será analisado como requisito após o preenchimento das demais condições constantes ao artigo 41 do Estatuto, conforme o Professor Paolo Palchetti descreveu no seu artigo “A Atividade da Corte (2009)”, caso a Corte verificar a ausência de uns dos requisitos, o *fumus boni juris* não terá relevância, pois os requisitos para concessão da medida cautelar são cumulativos.

Conforme constatou-se na indicação das medidas cautelares pela Corte em 2009, a necessidade do Estado requerente apresentar elementos que caracterizam a presença do *fumus boni juris* parece, atualmente, algo evidente, pois a Corte restringiu-se em apenas afirmar que trata-se de uma condição, sem discorrer sobre o assunto. Nos casos citados em 2011, a Corte inclui claramente o *fumus boni juris* como requisito igualmente como os demais presentes no artigo 41 do Estatuto.



Um dos pontos que levou a Corte Internacional de Justiça apresentar esse novo elemento como requisito, conforme argumentou Juiz Owada, foi após o julgamento, em 2001, do caso LaGrand. Da análise do ponto de vista da Corte, ela necessita de garantias reais que o Estado violou ou poderá violar normas de Direito Internacional para aplicar uma medida que irá impor obrigações legais para os Estados interessados. A presença do *fumus boni juris* dá à Corte essa garantia juntamente com os demais requisitos presentes do artigo 41 do Estatuto.

Evidencia-se que o elemento do *fumus boni juris* não traz um julgamento antecipado pela Corte da demanda, mas sim, garante à Corte que exerça o poder concedido pelo Artigo 41 para que o bem tutelado pelo Estado Requerente seja preservado e, por outro lado, garante ao Estado Requerido que este não viole normas do Direito Internacional e que não ocorra violação ao princípio da soberania entre os Estados partes.

O problema arguido com relação o que é plausibilidade e quais são os elementos necessários para sua configuração permanece uma questão aberta, pois com análise nos casos citados acima e ausência de discussão doutrinal sobre o tema acaba por limitar debates mais aprofundados.

#### Referências Bibliográficas:

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning passage through the Great Belt**: Request for the indication of provisional measures. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/86/6969.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Separate Opinion of Judge Shahabuddeen**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/86/6977.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay**: Request for the indication of provisional measures. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Separate Opinion of Judge Abraham**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11241.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Separate opinion of Judge Bennouna**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11243.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.





INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite**: request for the indication of provisional measures. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15149.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear**: Request for the indication of provisional measures. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/151/16564.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area**: Request for the indication of provisional measures. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/150/16324.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

OWADA, Judge Hisashi. **Speech by H.E. Judge Hisashi Owada, President of the International Court of Justice, to the Sixty-sixth Session of the General Assembly of the United Nations**. 26 October 2011 . Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/presscom/files/5/16735.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

PALCHETTI, Paolo. **The Activity the International Court of Justice in 2009**. Disponível em: < >. Acesso em: 10 mar. 2013.

PALCHETTI, Paolo. The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute. **Leiden Journal Of International Law**, Cambridge, p. 623-642. 1 jan. 2008.

ROSENNE, Sha Btai. **Provisional Measures in the Internacional Laws**: The ICJ and the International Tribunal for the Law of the Sea. Nova York: Oxford University, 2005. 241 p.

ZIMMERMANN, Andreas et al. **The Statute of the International Court of Justice: A Comentary**. second edition Oxford: Oxford, 2012. 1745 p.



## O CASO LAGRAND E O SISTEMA FEDERADO ESTADUNIDENSE: A UTILIZAÇÃO DE UMA "NOVA LINGUAGEM" NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.

Cristina De Carli Hall\*

**Resumo:** Conforme previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, apenas Estados podem ser partes nos contenciosos deste tribunal internacional. Contudo, a Corte em alguns casos teve que observar a questão da distribuição interna de competências entre os órgãos dos Estados. Isso aconteceu particularmente nos casos em que a execução da decisão da Corte estava em jogo. Nesse sentido, em função dos membros de uma federação não possuírem a capacidade de participar na CIJ, indaga-se, por quais motivos a Corte emitiu Medidas Cautelares que deveriam ser transmitidas a um estado federado, e ainda, por que isto ocorreu apenas no caso LaGrand e não nos outros casos que envolveram a mesma matéria? Desta forma, o presente artigo busca compreender o porquê da utilização de uma "nova linguagem" pela CIJ, através da análise de elementos considerados por este tribunal na emissão de MC no caso LaGrand.

**Palavras-chave:** Estados federados. Sistema federado estadunidense. Corte Internacional de Justiça. Caso LaGrand.

**Abstract:** As provided in the Statute of the International Court of Justice, only States may be parties in contentious cases before this international court. However, the Court in some cases had to examine the question of the internal distribution of powers among the organs of the State. This happened particularly in cases where the implementation of the Court's decision was at stake. In this regard, since the members of a federation do not have the ability to participate in the ICJ, this article inquires for which reasons the Court issued provisional measures that should be transmitted to a federal state, and also why this occurred only in the LaGrand case and not in other cases involving the same issue? Thus, this article seeks to understand the reason of the use of a "new language" by the ICJ, by analyzing the elements considered by this court in the issuance of provisional measures in LaGrand case.

**Keywords:** Federal States. U.S. federated system. International Court of Justice. LaGrand Case.

### INTRODUÇÃO

Conforme previsto no Artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), apenas Estados podem ser partes nos contenciosos deste tribunal internacional. Deste modo, em virtude da Corte possuir jurisdição apenas sobre

---

\* Mestranda em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-graduação em Direito (UFSC); pesquisadora do Lus Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq; cristinahall@live.com.



Estados, contata-se conseqüentemente que apenas estes entes possuem responsabilidade internacional perante este tribunal. Contudo, a Corte em alguns casos teve que observar a questão da distribuição interna de competências entre os órgãos dos Estados. Essa evidencia ocorreu particularmente nos casos em que a execução da decisão da Corte estava em jogo.

A separação de poderes dentro do nível nacional, particularmente entre os estados federados, pode representar um obstáculo para a total execução de uma responsabilidade internacional do Estado como, por exemplo, um julgamento da CIJ. Sobretudo, em função de que o poder em algumas matérias está totalmente sobre competência dos estados federados. Deste modo, por determinada matéria não ser competência do Estado, o processo de cumprimento de determinado julgamento internacional torna-se mais complexo.

Em virtude da existência de situações em que a obediência de uma decisão da CIJ requer a aplicação do direito internacional pelos estados federados à nível doméstico, surgem questionamentos em relação à eventual relevância da distribuição interna de poderes entre federais e federados perante a Corte. Deste modo, o objeto de estudo deste trabalho é o caso LaGrand - considerado uma exceção dentre os casos da Corte - e a discussão em relação ao papel do Arizona, estado federado estadunidense, na execução das Medidas Cautelares (MC) que lhe foram expedidas.

Nesse sentido, em função dos membros de uma federação não possuírem a capacidade de participar na CIJ, indaga-se, por quais motivos a Corte emitiu MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado, e ainda, por que isto ocorreu apenas no caso LaGrand e não nos outros casos que envolveram a mesma matéria?

Como forma de discutir estes questionamentos, o artigo está estruturado em três momentos. Primeiramente, no intuito de dar embasamento a discussão busca-se demonstrar o problema da implementação de decisões internacionais na ordem domestica dos Estados em que existe a separação de poderes. O debate será focado no sistema federativo estadunidense relacionado ao descumprimento dos Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça.



Posteriormente, serão relatados os três contenciosos que envolvem de "certa" forma estados federados estadunidenses na CIJ, os casos *Breard*, *LaGrand* e *Avena*.

Por fim, será dado enfoque no caso *LaGrand* e na "nova linguagem" utilizada pela CIJ ao emitir MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado. Com o objetivo de compreender o porquê da utilização desta "nova linguagem", serão pontuados os elementos considerados pela Corte na emissão de MC no caso *LaGrand* que tornaram este caso único e sem precedentes na história de atuação da CIJ.

## 1. O SISTEMA FEDERATIVO RELACIONADO AO DESCUMPRIMENTO DOS ESTADOS UNIDOS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.\*

De acordo com o Artigo 94, parágrafo 2, da Carta das Nações Unidas se estabelece a aplicação e o cumprimento das decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ) pelas partes nos casos. Neste sentido, o Artigo institui que:

Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença.<sup>319</sup>

E ainda, o Artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, prevê que "A decisão do Tribunal só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão".<sup>320</sup>

Desta forma, "Por ser um tribunal, é axiomático que a decisão da Corte em um caso contencioso seja vinculativa".<sup>321</sup> Neste sentido, no decorrer da

---

\* Nota Metodológica: Todas as traduções do corpo do texto foram realizadas pela autora, estando seus respectivos textos originais nas notas de rodapé.

<sup>319</sup> Do original: "If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment". UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

<sup>320</sup> Do original: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 9 de maio de 2013.

<sup>321</sup> Do original: "As a court of law, it is axiomatic that the decision of the Court in a contentious case is binding". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Speech by H.E. Judge Hisashi Owada, President of the International Court of Justice, to the sixty-fourth session of the General Assembly of the United Nation*.



historia da atuação da CIJ, a maioria das decisões emitidas foram cumpridas pelas partes. Contudo, houve exceções em que o Estado Parte alegou não ter competência sobre a matéria da disputa, não acatando as decisões.

Em um estudo especial sobre a questão do "Cumprimento das decisões da Corte Internacional de Justiça"<sup>322</sup>, foram examinados os casos perante CIJ até o ano de 2004. Neste estudo, conclui-se que nos quase cem anos de existência desta instituição houve apenas quatro casos de "verdadeiro" não cumprimento, em que os Estados abertamente ignoraram sentenças proferidas.<sup>323</sup>

Neste sentido, estas exceções, que serão expostas posteriormente, são exemplos que demonstram a existência de situações em que a obediência de uma decisão requer a aplicação do direito internacional no nível doméstico. Deste modo, são:

[...] exemplos onde – apesar da existência de indícios da vontade do Estado em cumprir com o julgamento em questão – obstáculos político-jurídicos internos tornam difícil a sua implementação no âmbito da ordem legal doméstica.<sup>324</sup>

Ademais, a falha por parte das cortes nacionais em dar cumprimento às decisões das cortes internacionais pode acarretar em casos de responsabilidade internacional.<sup>325</sup> A separação de poderes dentro do nível nacional, entre os estados federados<sup>326</sup>, pode representar um obstáculo para a total execução de uma

---

29 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/presscom/files/9/15589.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2013. p.2.

<sup>322</sup> Estudo realizado pela pesquisadora Constanze Schulte e relatado no livro: "Compliance with Decisions of the International Court of Justice" de 2004.

<sup>323</sup> (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2010, p.3).

<sup>324</sup> Do original: "[...] example where – in spite of the existence of evidence of a willingness to comply with the Judgment by the State in question – internal political-juridical hurdles made it hard to bring about its implementation within the domestic legal order". (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2010, p.4).

<sup>325</sup> SHANY, Yuval. Jurisdictional competition between national and international courts: could international jurisdiction regulating rules apply? In: *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 37, 2006, pp 3 56. p. 52.

<sup>326</sup> Os estados federados são instituições que compõe o Estado que adota o sistema federativo. Neste tipo de sistema "[...] cabe à União um papel complexo: integrar os estados ou territórios federados, de forma a coexistirem de forma harmoniosa". "Nos Estados federativos existe entre o poder central e os estados federados uma verdadeira distribuição de competências, descentralizando diversas questões do poder da União". Neste sentido, existem Estados sob o modelo federalista que permitem constitucionalmente que suas esferas subnacionais, estados federados, sejam atuantes no cenário internacional e exerçam a chamada paradiplomacia. Em relação aos Estados sob o sistema federativo é importante observar que "difícilmente observa-se um Estado federalista em que suas unidades autônomas não tenham atividades internacionais". É ainda importante estabelecer que os estados federados encontram-se em um grupo maior de estudo os chamados governos subnacionais que são "unidades políticas compostas por uma organização institucional com limites territoriais, população e funções definidas". Geralmente é uma das partes de um Estado que possui uma forma de [governo](#)



responsabilidade internacional<sup>327</sup> do Estado como, por exemplo, um julgamento da CIJ. Sobretudo, em função de que o poder em algumas matérias está totalmente sobre competência dos estados federados. Deste modo, por determinada matéria não ser competência do Estado, o processo de cumprimento de determinado julgamento internacional torna-se mais complexo. Segundo o juiz Owada<sup>328</sup>:

Enquanto um Estado anuncia sua intenção de cumprir com uma decisão da Corte, a nível internacional, a plena implementação de um julgamento a nível nacional têm sido dificultada em diversos casos, devido a obstáculos legais e estruturais domésticos dentro da ordem jurídica do Estado. Este conflito entre a ordem jurídica internacional e doméstica tende a aumentar no contexto da crescente penetração da

---

regional com menos poderes do que o governo do país a que pertence. Os nomes dados a essas entidades subnacionais variam entre os países, denominando-se estados federados em países que possuem o sistema federativo. Ver: KOTZIAS, Fernanda V. O federalismo e a esfera internacional. In: *Revista Ius Gentium*, v. 2(1), pp 69-96, 2009. p.71,72,80. Ver ainda: TOLEDO, Daiany Stéphaney Costa. *Paradiplomacia: O caso de Belo Horizonte*. 2008. Monografia (Bacharel em Relações Internacionais) – Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2008. p.15.

<sup>327</sup> A questão da Responsabilidade internacional é questão fundamental a ser tratada nos três contenciosos analisados neste trabalho. Primeiramente, em função da questão dos estados federados não respeitarem as decisões internacionais da Corte e de a partir disso surgir o questionamento: a responsabilidade de cumprimento das determinadas decisões da Corte recai sobre o Estados Unidos ou sobre seus estados federados, que detêm a competência sobre direito penal, matéria em questão. Artigo 4 sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais Ilícitos: *"The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State; An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State"*. Comentários (8)(9) do Artigo 4: *"(8) Likewise, the principle in article 4 applies equally to organs of the central government and to those of regional or local units [...]; (9) It does not matter for this purpose whether the territorial unit in question is a component unit of a federal State or a specific autonomous area, and it is equally irrelevant whether the internal law of the State in question gives the federal parliament power to compel the component unit to abide by the State's international obligations. The award in the 'Montijo' case is the starting point for a consistent series of decisions to this effect. The French-Mexican Claims Commission in the Pellat case reaffirmed 'the principle of the international responsibility ... of a federal State for all the acts of its separate States which give rise to claims by foreign States' and noted specially that such responsibility '... cannot be denied, not even in cases where the federal Constitution denies the central Government the right of control over the separate States or the right to require them to comply, in their conduct, with the rules of international law'. That rule has since been consistently applied. Thus, for example, in the LaGrand case"*. E ainda, *"Before international courts, the federation is also responsible for failure by the federated entities to meet such obligations. [...] Thus far, sub-national units are not directly responsible in international law, but their position may well change. Some rulings by international courts, such as the LaGrand case of the International Court of Justice in 1999, tend in that direction"*. Contudo, a questão da Responsabilidade Internacional mesmo sendo fundamental para a análise destes casos, não será tratada de forma exaustiva em função de não ser o objeto deste trabalho. Ver: UNITED NATIONS. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001). In: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. 2, Parte 2, 2008. Ver ainda: POLASCHEK, Martin F. Implementation of International and Supranational Law by Sub-national Units. In: *Forum of Federations*, pp 290 305. p. 300 – 301.

<sup>328</sup> Juiz Hisashi Owada: Membro da Corte desde 6 de fevereiro de 2003; Presidente da Corte de 6 de fevereiro de 2009 a 5 de fevereiro de 2012; re-eleito desde 6 de fevereiro de 2012. Ver: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The Court. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/court/?p1=1&p2=2&p3=1&judge=13>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.



ordem jurídica internacional na ordem jurídica interna, em áreas como a proteção dos direitos humanos, a proteção do meio ambiente e da cooperação judiciária, que tradicionalmente pertenciam ao exclusivo ‘domain réservé’ dos Estados soberanos, mas que são cada vez mais objeto de regulamentação internacional.<sup>329</sup>

Durante anos os Estados Unidos, que adotam o sistema federado, sofreram consequências por não cumprimento das suas obrigações perante o artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares<sup>330</sup>. A não observação e cumprimento dos direitos de acesso consular aos cidadãos estrangeiros detidos no país foi o motivo de três contenciosos perante a Corte Internacional de Justiça.<sup>331</sup> Nesta perspectiva, a jurisdição da Corte sobre ambos os casos foi fundada no Artigo 36 (1) do Estatuto da Corte e no Artigo 1 do Protocolo Opcional da Convenção de Viena sobre Relações Consulares em Relação à Solução Obrigatória de Controvérsias<sup>332, 333</sup>.

---

<sup>329</sup> Do original: “While a State may announce its intention to comply following a decision by the Court at the international level, full implementation of the Judgment at the national level has been hindered in a number of cases due to domestic legal and structural hurdles within the State’s legal order. This conflict between the international and domestic legal order is bound to increase against the background of the growing permeation of the international legal order into the domestic legal order in such areas as the protection of human rights, protection of the environment, and judicial co-operation, which traditionally have belonged to the exclusive “domain réservé” of sovereign States but which are increasingly the subject of international regulation”. (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2010, p.7).

<sup>330</sup> Artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, no original: “With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State: (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph”. UNITED NATIONS. Vienna Convention on Consular Relations (1963). In: *Treaty Series*, vo1. 596, p. 261, 2005. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

<sup>331</sup> QUIGLEY, John. The United States’ withdrawal from International Court of Justice jurisdiction in consular cases: reasons and consequences. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 19, 2009, pp 263 305. p. 263.

<sup>332</sup> Artigo 1 do Protocolo Opcional da Convenção de Viena sobre Relações Consulares em Relação à Solução Obrigatória de Controvérsias, no original: “Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being Party to the present Protocol”. UNITED NATIONS. Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes (1963). In: *Treaty Series*, vo1. 596, p. 487, 2005. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963\\_disputes.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963_disputes.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2013. Até 2005 os Estados Unidos foram signatários deste Protocolo. Ver: KARAMANIAN, Susan L. Briefly Resuscitating the Great Writ: The International Court of Justice and the U.S Death Penalty. In: *Albany Law Review*, v. 69, 2006, pp 745 770. p. 750-751.

<sup>333</sup> ADDO, Michael K. Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (“Breard”) and LaGrand (Germany v. United States of America), Applications for Provisional Measures. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, 1999, pp 673 686. p. 674 – 675.



Os Casos *Breard* (Paraguai vs. Estados Unidos), *LaGrand* (Alemanha vs. Estados Unidos) e *Avena* (México vs. Estados Unidos), demonstraram a fragilidade da incorporação de obrigações internacionais em sistemas federativos nacionais.<sup>334</sup> Estes contenciosos se concentraram na questão da pena de morte no sistema estadunidense, assunto sob qual é competência dos seus estados federados, como determinado no Artigo 3, paragrafo 2, da Constituição dos Estados Unidos da América:

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.<sup>335</sup>

Esta questão ainda foi ressaltada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em diversos casos nacionais envolvendo questões criminais e estados federados como, por exemplo, no caso *United States vs. Lopez* em que foi enfatizada a opinião de que sobre o sistema federado dos Estados Unidos, “[...] os estados possuem autoridade primaria para definirem e aplicarem o direito penal”.<sup>336</sup>

Nos três contenciosos, anteriormente citados, envolvendo de “certa”<sup>337</sup> forma estados federados estadunidenses, a CIJ emitiu Medidas Cautelares (MC) aos Estados Unidos e estas não foram cumpridas com o discurso de que o Estado não possuía capacidade para fazer valer tais medidas, sendo a matéria de direito penal competência dos seus estados federados.

## 2. OS HISTÓRICOS DOS CASOS *BREARD*, *LAGRAND* E *AVENA*.

---

<sup>334</sup> KHA, Rahmatullah. *Implementation of International and Supra-national Law by Sub-national Units*. Disponível em: <http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfFed02/StG-Khan.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2013. p. 201.

<sup>335</sup> Do original: “*The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed*”. UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 16 de maio de 2013.

<sup>336</sup> Do original: “*the States possess primary authority for defining and enforcing the criminal law.*” US SUPREME COURT. *United States v. Lopez - 514 U.S. 549 (1995)*. pp 549 560, 1995. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>. Acesso em: 20 de maio de 2013. Ver ainda: *Brecht v. Abrahamson*, 507 U. S. 619, 635 (1993); *Engle v. Isaac*, 456 U. S. 107, 128 (1982); *Screws v. United States*, 325 U. S. 91, 109 (1945) (opinião comum)

<sup>337</sup> É importante destacar que estes casos envolveram de “certa” forma os estados federados na Corte. Primeiramente, pois nenhum estado federado foi parte de um contencioso na Corte, em função da Corte ter jurisdição apenas sobre disputas interestatais. Também, é importante deixar claro que estes estados federados apenas tiveram influência sobre estes casos na Corte, em função dos estados federados estadunidenses possuírem a competência sobre matéria penal. E, apenas no caso *LaGrand* a Corte realmente se referiu ao estado federado do Arizona nas suas Medidas Cautelares.





## 2.1. *Breard case*

Em 1998, o Paraguai apresentou um pedido a CIJ instituindo procedimentos contra os Estados Unidos. O caso *Breard* foi o primeiro envolvendo de “certo” modo estados federados na Corte. Neste caso, Angel Francisco Breard, um nacional paraguaio, foi preso no ano de 1992 no estado da Virginia e condenado a morte. Após diversas tentativas de petições de *habeas corpus* perante as cortes de Virginia, Breard moveu uma ação alegando a violação dos seus direitos perante o Artigo 36 (1)(b) da CVRC. O estado da Virginia negou o seu direito de invocar determinada convenção internacional.<sup>338</sup>

Posteriormente, Breard emitiu uma petição a Suprema Corte dos Estados Unidos, “requerendo-a a exercer o seu poder discricionário para rever a decisão dada pelos tribunais federais inferiores”.<sup>339</sup> O pedido novamente foi negado, através da alegação da Suprema Corte de que não possuía jurisdição no caso, em virtude deste esbarrar na doutrina que confere “imunidade soberana” aos estados federados.<sup>340</sup>

Após falhas tentativas de alegação da violação de um tratado por parte do estado da Virginia nas cortes nacionais americanas, deu-se inicio aos procedimentos na CIJ, no qual o Paraguai ao mesmo tempo solicitou Medidas Cautelares solicitando a garantia de que Breard não fosse executado durante o desenvolver do processo perante a Corte.

Segundo a Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso concernente a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai v. Estados Unidos):

Os Estados Unidos devem tomar todas as medidas ao seu alcance para garantir que Angel Francisco Breard não seja executado enquanto se aguarda a decisão final no processo, e deve informar a Corte todas as medidas que tomou na implementação desta ordem.<sup>341</sup>

---

<sup>338</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 9 de abril de 1998. paragrafo 41, p. 249.

<sup>339</sup> Do original: “*requesting it to exercise its discretionary power to review the decision given by the lower federal courts*”. (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1998, paragrafo 3, p. 249).

<sup>340</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1998, paragrafo 3, p. 249).

<sup>341</sup> Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso concernente a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai v. Estados Unidos), no original: “*The United States should take all measures at its disposal to ensure that Angel Francisco Breard is not executed pending the final decision*”



Algumas horas antes da execução de Breard, o pedido de Medidas Cautelares não foi admitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, "com base na sua interpretação da legislação dos Estados Unidos e na jurisprudência relativa a esse assunto".<sup>342</sup>

Após a rejeição dos apelos de Breard e do Paraguai pela Suprema Corte dos Estados Unidos, foi a vez do governador da Virgínia, James Gilmore, exercer o seu poder discricionário de conceder a pendência da execução. Ao recusar, Gilmore afirmou que a CIJ não tinha 'autoridade para interferir no sistema penal de justiça do estado da Virgínia'.<sup>343</sup>

Por fim, Breard foi executado e o Paraguai não deu continuação nos procedimentos do caso perante a CIJ.

## 2.2. *LaGrand case*

Em 1982, dois irmãos de nacionalidade alemã, Karl e Walter LaGrand, foram presos no estado do Arizona e condenados a morte.<sup>344</sup> As autoridades do estado do Arizona possuíam desde o início o conhecimento de que os irmãos eram cidadãos alemães, contudo não informaram a eles os seus direitos perante o Artigo 36 (1)(b) da CVRC e da possibilidade de informar as suas prisões ao consulado da Alemanha.<sup>345</sup>

Depois de anos, finalmente com o auxílio do consulado alemão, os irmãos reclamaram seus direitos perante a Corte Federal de Primeira Instância dos Estados Unidos. Esta Corte decidiu que em virtude dos indivíduos não terem afirmado seus direitos perante a CVRC nos processos judiciais anteriores a nível estadual, não podiam no momento afirmá-los em instância federal.<sup>346</sup>

No início de 1999 um dos irmãos, Karl LaGrand, foi executado no estado do Arizona. Deste modo, no mesmo ano a Alemanha apresentou um pedido a CIJ instituindo procedimentos contra os Estados Unidos. Conjuntamente com esta

---

*in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order".* (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1998, paragrafo 41, p. 258).

<sup>342</sup> ZAN, Myint. Decisions of the International Court in Domestic Law: Paraguay v United States. In: *Public Law Review*, v.9, 1998, pp 164 167. p.165.

<sup>343</sup> Do original: "After the rejection of the appeals of Breard and Paraguay by the United States Supreme Court, it was up to Virginia's Governor, James Gilmore, to exercise his discretionary power to grant a stay of execution. In refusing, [...] Gilmore stated that the ICJ had 'no authority to interfere with [Virginia's] criminal justice system'." (ZAN, 1998, p.165-166).

<sup>344</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 3 de Março de 1999, paragrafo 2, p.10.

<sup>345</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1999, paragrafo 3, p.10).

<sup>346</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1999, paragrafo 4, p. 10).



aplicação a Alemanha submeteu um pedido urgente de Medidas Cautelares, horas antes da execução de Walter, em ordem de proteger seus direitos em conformidade com a CVRC, solicitando a garantia de que o individuo não fosse executado durante o desenvolver do processo perante a Corte.

De acordo com a Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso LaGrand:

(a) Os Estados Unidos da América devem tomar todas as medidas ao seu alcance para garantir que Walter LaGrand não seja executado enquanto se aguarda a decisão final no processo, e deve informar a Corte todas as medidas que tomou na aplicação desta ordem, (b) *O Governo dos Estados Unidos da América deve transmitir esta ordem ao Governador do Estado do Arizona.*<sup>347</sup>

Segundo Ferdinandusse, "Não é imediatamente claro se a Corte pretendia obrigar diretamente o Governo do Arizona ou se apenas desejava obrigar o governo dos Estados Unidos em informar a Ordem ao Governo do Arizona sem anexar uma obrigação correspondente".<sup>348</sup> Nesse sentido, a interpretação desta obrigação fica ainda mais complexa ao se referenciar o paragrafo 28 da Ordem de MC do caso LaGrand: "[...] Ao passo que, o governador do Arizona está sob a obrigação de agir em conformidade com os compromissos internacionais dos Estados Unidos".<sup>349</sup>

Na leitura deste paragrafo podemos ter uma interpretação ambígua, ao passo que, a Corte estabelece no texto que o estado do Arizona está sobre uma obrigação, contudo não especifica claramente se está é uma obrigação interna ou internacional. Deste modo, em uma primeira e rápida análise deste paragrafo, a Corte parece criar uma obrigação internacional ao estado do Arizona, utilizando as palavras 'is under the obligation', que remete a ideia de que a Corte estava obrigando diretamente o estado federado. Entretanto, na interpretação da ultima parte do texto a Corte especifica que o estado do Arizona tem a obrigação, **a nível doméstico**, em agir

---

<sup>347</sup> Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso LaGrand, no original: "(a) *The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order; (b) The Government of the United States of America should transmit this Order to the Governor of the State of Arizona*". (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1999, paragrafo 29, p. 16).

<sup>348</sup> Do original: "It is not immediately clear whether the Court intends to directly obligate the Governor of Arizona, or if it wishes to only oblige the U.S. government to inform the Governor of the Order without attaching a corresponding obligation". FERDINANDUSSE, Ward. 'Out of the Blackbox?'. In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 29, 2003-1, p. 45-127. p. 69

<sup>349</sup> Paragrafo 28 da Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso LaGrand, no original: "[...] whereas the Governor of Arizona is under the obligation to act in conformity with the international undertakings of the United States" (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1999, paragrafo 28, p. 16).



de acordo com os compromissos internacionais dos Estados Unidos, utilizando as palavras *'to act in conformity with the international undertakings of the United States'*. Desta forma, a Corte cria obrigações internacionais apenas aos Estados Unidos e ressalta a questão de que existe a obrigação interna do estado do Arizona de agir em conformidade com os compromissos do seu Governo Nacional.

Uma possível compreensão a partir da posição da Corte em construir este texto, sem especificações que expliquem a obrigação referenciada, demonstra a intenção em transparecer uma interpretação ambígua.

A partir destas constatações, foi a primeira vez na história que a CIJ direcionou Medidas Cautelares que deveriam ser **transmitidas** a um estado federado. De acordo com Cassel, "Ao decidir sobre os méritos da Alemanha contra Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça pela primeira vez interveio de forma definitiva, ainda que parcialmente, nos procedimentos penais domésticos".<sup>350</sup>

Após a transmissão da ordem da Corte, o estado do Arizona rejeitou as MC e executou Walter LaGrand, mesmo após o Conselho de Clemência do Arizona ter recomendado a suspensão da execução.<sup>351</sup> Finalmente, "O caso continuou na Corte e levantou uma série de questões relacionadas tanto a assuntos processuais e sobre aspectos substantivos do direito consular, quanto a questões de proteção diplomática e responsabilidade do Estado".<sup>352</sup>

### 2.3. *Avena case*

Após o caso LaGrand e em virtude da continua desobediência dos Estados Unidos perante o Artigo 36 (1) da CVRC, o México, em 2003, iniciou um processo na CIJ contra os Estados Unidos. Ao instituir o caso, o México alegou a violação do Artigo 36 (1) da CVRC ao constatar que 51 nacionais mexicanos haviam

---

<sup>350</sup> Do original: "In deciding the merits of *Germany v. United States*, the International Court of Justice ('ICJ') for the first time intervened definitively, albeit partially, in domestic criminal proceedings". CASSEL, Douglass. *International Remedies in National Criminal Cases: ICJ Judgment in Germany v. United States*. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002, pp 69 86. p. 69.

<sup>351</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Julgamento, 2001, paragrafo 113, p. 507 - 508.

<sup>352</sup> Do original: "The case continued before the Court and raised a whole range of issues touching both on procedural questions and on substantive aspects of consular law, diplomatic protection and state responsibility". EVANS, Malcolm, et al. *LaGrand Case (Germany v United States of America)*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 51, 2002, pp 449 455. p.450.



sido condenados a morte pelas cortes nacionais americanas e não haviam sido informados dos seus direitos perante a CVRC.<sup>353</sup> Desta forma, como constado no julgamento, o México afirmou que os Estados Unidos, “[...] privaram o México dos seus direitos de fornecer proteção consular e do direito dos 51 nacionais de receber tal proteção que o México iria fornecer de acordo com o Artigo 36 (1) (a) e (c) da Convenção”.<sup>354</sup>

De acordo com Karamanian, nos casos Breard e LaGrand:

[...] a CIJ não alcançou o mérito do pedido antes que os presos fossem executados. Em Avena, no entanto, a CIJ teve a oportunidade de enfrentar de frente a questão de uma reparação para a violação da Convenção de Viena e de fazê-la quando a reparação poderia ter algum significativo que os detentos sujeitos ao caso continuassem vivos.<sup>355</sup>

Nesse sentido e em virtude de que três destes 51 nacionais mexicanos já possuíam sentenças definitivas, sem possibilidades de recursos de apelação, o México ao iniciar o processo perante a Corte também solicitou Medidas Cautelares.<sup>356</sup>

Segundo a Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso Avena:

a) Os Estados Unidos da América devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que o Sr. César Roberto Fierro Reyna, Sr. Roberto Moreno Ramos e o Sr. Osvaldo Torres Aguilera não sejam executados enquanto se aguarda a decisão final no processo; (b) O Governo dos Estados Unidos da América deve informar a Corte todas as medidas que tomou na aplicação desta ordem.<sup>357</sup>

Após o julgamento do caso Avena em que a Corte estabeleceu como forma de reparação apropriada que por meio da sua própria escolha “[...] os Estados Unidos deveriam fornecer a ‘revisão e reconsideração’ das condenações e sentenças

---

<sup>353</sup> LE MON, Christopher J. Post em Avena Application of the Vienna Convention on Consular Relations by United States Courts. In: Leiden Journal of International Law, v. 18, 2005, pp 215 235. p. 225 – 226.

<sup>354</sup> Do original: “[...] *deprived Mexico of its right to provide consular protection and the 52 nationals' right to receive such protection as Mexico would provide under Article 36 (1) (a) and (c) of the Convention*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Julgamento, 2004, parágrafo 14.

<sup>355</sup> Do original: “[...] *the ICJ did not reach the merits of the claim before the inmates were executed. With Avena, however, the ICJ had the opportunity to tackle head-on the issue of a remedy for breach of the Vienna Convention and to do so when the remedy could be meaningful as the inmates subject to the case were still alive*”. (KARAMANIAN, 2006, p. 755).

<sup>356</sup> (KARAMANIAN, 2006, p. 756).

<sup>357</sup> Ordem de indicação de Medidas Cautelares do caso Avena, no original: “(a) *The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgment in these proceedings; (b) The Government of the United States of America shall inform the Court of all measures taken in implementation of this Order*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 5 de fevereiro de 2003, parágrafo 59, p.91.



desses 51 indivíduos"<sup>358</sup>, o presidente Bush emitiu um Memorandum em fevereiro de 2005 informando que a decisão do julgamento Avena seria cumprida "[...] mediante as cortes estaduais darem efeito a decisão em conformidade com os princípios gerais de cortesia nos casos apresentados pelos 51 nacionais mexicanos abordados na decisão".<sup>359</sup> A grande questão é que o Memorandum não surtiu efeito, pois o poder de prever a revisão e reconsideração é competência das cortes estaduais e não da corte nacional.

Subsequentemente, os Estados Unidos se retiraram do Protocolo Opcional e desta forma passaram a não estar mais sob a jurisdição obrigatória da CIJ em relação aos litígios decorrentes da aplicação ou interpretação da CVRC.<sup>360</sup>

### 3. O CASO LAGRAND E A UTILIZAÇÃO DE UMA "NOVA LINGUAGEM" NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.

Ao analisar e comparar as Medidas Cautelares direcionadas em ambos os casos descritos, é possível constatar que apenas no caso LaGrand a Corte direcionou MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado. Desta forma, em função dos membros de uma federação não possuírem a capacidade de participar na CIJ, indaga-se, por quais motivos a Corte emitiu MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado, e ainda, por que isto ocorreu apenas no caso LaGrand e não nos outros casos que envolveram a mesma matéria?

Deste modo, ao instituir Medidas Cautelares no caso LaGrand, a Corte considerou três questões: A falha na emissão de MC no caso Breard; Pedido extremamente tardio da Ordem de MC; Tentativa de utilização de uma "nova linguagem".

---

<sup>358</sup> Do original: "[...] *the United States must provide 'review and reconsideration' of the convictions and sentences of those 51 individuals addressed in that decision*". MCGUINESS, Margaret E. Treaty enforcement - Vienna Convention on Consular Relations - International Court of Justice - federalism - self-execution of treaties - foreign affairs powers of the executive. In: *American Journal of International Law*, v. 102.3, 2008.

<sup>359</sup> Do original: "[...] *by having state courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision.*" THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Bush memorandum on Avena*. Disponível em: <<http://www.asil.org/avena-memo-050308.cfm>>. Acesso em: 27 de maio de 2013.

<sup>360</sup> (MCGUINESS, 2008).



A primeira observância da Corte considerou os eventos passados e a falha na emissão de MC no caso Breard, situação que envolvia a mesma questão de não cumprimento de um Estado ao Artigo 36 da CVRC em virtude da matéria da pena de morte no sistema estadunidense, assunto sob qual é competência dos seus estados federados.

A atitude dos Estados Unidos no caso Breard em não cumprir com as MC, obviamente influenciou a posição da CIJ no caso LaGrand, refletindo na emissão de medidas provisórias da Corte neste caso.<sup>361</sup> E ainda neste contexto, "Em LaGrand, a Corte lembrou a recente falta de vontade dos diferentes atores dos Estados Unidos no caso Breard para dar efeito à sua Ordem. Além disso, os EUA era um reincidente em relação a assistência consular aos presos estrangeiros".<sup>362</sup>

Por outro lado, a questão da urgência do caso, em função da hora extremamente tardia do recebimento do pedido de MC, também se tornou um componente na atitude da Corte em adotar *proprio motu*<sup>363</sup> determinadas medidas, considerando-as como a forma mais viável para aquele curto espaço de tempo.

De acordo com a CIJ, em virtude da urgência e das circunstâncias do caso, as Medidas Cautelares foram fundamentadas no Artigo 41<sup>364</sup> do Estatuto e no Artigo 75<sup>365</sup>, paragrafo 1, do Regulamento.<sup>366</sup> Em especial no caso LaGrand, a Corte adotou uma interpretação criativa e inovadora do artigo 75 do Regulamento, ao emitir MC que segundo o artigo deveriam ser adotada pela sua própria iniciativa, mas que entretanto foram solicitadas pela Alemanha que afirmou a extrema urgência do caso.

---

<sup>361</sup> (FERDINANDUSSE, 2003, p. 67).

<sup>362</sup> Do original: "In LaGrand, the Court remembered the recent unwillingness of the different U.S. actors in Breard to give effect to its Order. Moreover, the U.S. was a repeat offender where it concerned consular aid to foreign prisoners". (FERDINANDUSSE, 2003, p. 74).

<sup>363</sup> *Proprio motu*: Através da sua própria iniciativa.

<sup>364</sup> Artigo 41, paragrafo 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, prevê: "O Tribunal (\*) terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 9 de maio de 2013.

<sup>365</sup> Artigo 75, paragrafo 1, do Regulamento da Corte Internacional de Justiça: "O Tribunal pode a qualquer momento decidir examinar *motu proprio*, se as circunstâncias do caso exigirem, a indicação de medidas provisórias que devam ser tomadas ou cumpridas por qualquer uma ou todas as partes". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Rules of the Court*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

<sup>366</sup> (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2001, paragrafo 32, p.479).



Nesse sentido, no 32º parágrafo do julgamento do caso LaGrand se expõe que "Na Ordem de 3 de março de 1999, esta Corte considerou que as circunstâncias obrigavam a indicar, como uma matéria de grande urgência e sem quaisquer outros procedimentos, Medidas Cautelares [...]".<sup>367</sup>

Por último, e talvez a mais importante consideração da Corte ao instituir Medidas Cautelares que deveriam ser transmitidas a um estado federado, foi a decisão da CIJ em tentar utilizar uma "nova linguagem" no caso em questão. Deste modo, Higgins<sup>368</sup>, juíza da Corte no período explica que, "Adequadamente, se decidi usar uma nova linguagem, na tentativa de falar a quilômetros de distancia, diretamente e a cima desses elementos relevantes que compreendem 'o Estado' que foi parte ratificadora da Convenção de Viena, e sobre a qual a Corte, portanto, tinha jurisdição".<sup>369</sup>

Ainda segundo Higgins está "nova linguagem", "[...] foi uma importante partida para a Corte, dirigido a desconsideração da personalidade do conceito do 'Estado', com o objetivo de assegurar a cooperação com as obrigações internacionais".<sup>370</sup>

Já, ao contrario dos elementos previamente citados, Ferdinandusse expõe que uma análise mais realista desta postura adotada pela Corte, ao emitir MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado, significa que "[...], pode ser que a CIJ tomou [um caso] particularmente passível de introduzir o conceito inédito de obrigação dos órgãos do Estado, na jurisprudência da Corte e, assim, deu um novo

---

<sup>367</sup> Do original: "In an Order of 3 March 1999, this Court found that the circumstances required it to indicate, as a matter of the greatest urgency and without any other proceedings, provisional measures [...]". (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2001, parágrafo 32, p.479).

<sup>368</sup> Rosalyn Higgins foi juíza da Corte no período em que foram emitidas as MC no caso LaGrand e desta forma escreveu seu artigo "The Concept of "The State": Variable Geometry and Dualist Perceptions" baseando-se na sua experiência de participação no caso. Higgins foi membro da Corte a partir de 12 de julho de 1995 a 05 de fevereiro de 2009 e presidente da Corte de 6 de fevereiro de 2006 a 05 de fevereiro de 2009. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The Court. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/court/?p1=1&p2=2&p3=1&judge=13>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

<sup>369</sup> Do original: "Accordingly, it decided to use some new language, in the attempt to speak across the miles directly to more of those relevant elements comprising 'the state' which was the ratifying party under the Vienna Convention, and over which the Court thus had jurisdiction". HIGGINS, Rosalyn. The Concept of "The State": Variable Geometry and Dualist Perceptions. In: *International Legal System In Quest Of Equity And Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab 547*, 2001, pp 547 561. p. 556.

<sup>370</sup> Do original: "This was an important departure for the Court, directed to 'piercing the veil' of the concept of 'a state' for purposes of securing compliance with international obligations". (HIGGINS, 2001, p.557).





passo consciente para o fortalecimento do direito internacional".<sup>371</sup> Além desta análise realista, existem outras diversas suposições que passaram a ser discutidas no ambiente acadêmico sobre esta inovação da Corte no caso LaGrand.

Contudo, é importante deixar claro que os elementos considerados pela Corte na emissão de MC no caso LaGrand, torna este caso único e sem precedentes na história de atuação deste tribunal, por ser uma exceção em que a Corte direcionou-se de "certa" forma a um estado federado. Como explica Ferdinandusse, "A CIJ detalhou as obrigações dos órgãos do Estado em LaGrand [...], enquanto que normalmente esforça-se em se abster de qualquer interferência na organização interna dos Estados envolvidos, pode ser explicada pelas circunstâncias particulares desse caso".<sup>372</sup>

Deste modo, vale assinalar a existência de outros casos em distintos tribunais internacionais que envolveram a responsabilidade de estados federados, assim como, de outros órgãos estatais. Estas exceções demonstram um novo paradigma no direito internacional que envolve a complexa questão da divisão de poderes dentro do Estado. Nesse sentido, o Juiz Owada expõe sua opinião em relação ao não cumprimento de decisões de cortes internacionais em Estados federativos:

[...] nos casos de incumprimento resultante da impossibilidade de implementar um julgamento da Corte na ordem jurídica interna por razões político-jurídicas, a situação pode ser considerada séria, pois afeta o processo de lei no contexto da ordem jurídica mundial que compreende o doméstico, bem como a ordem jurídica internacional. [...] Este problema de não implementação das sentenças das cortes e tribunais internacionais é um novo tipo de problema de conformidade com o qual a comunidade internacional deve prestar mais atenção.<sup>373</sup>

Podemos dar finalidade ao estudo em consonância com o pensamento de Higgins que demonstra a emergência deste novo paradigma no direito internacional:

---

<sup>371</sup> Do original: "[...] *may be that the ICJ has taken two particularly amenable cases to introduce the unprecedented concept of State organ obligation in the Court's case law, and thereby took a conscious new step to strengthen international law*". (FERDINANDUSSE, 2003, p. 75-76).

<sup>372</sup> Do original: "*That the ICJ detailed the obligations of State organs in LaGrand [...], whereas it normally goes to lengths to refrain from any interference with the internal organization of the States involved, could be explained by the particular circumstances of these cases*". (FERDINANDUSSE, 2003, p. 74).

<sup>373</sup> Do original: "[...] *in the case of non-compliance resulting from the impossibility to implement a Judgment of the Court in the domestic legal order for political-juridical reasons, the situation can be said to be serious, as it affects the process of the rule of law in the context of the world legal order which comprises the domestic as well as the international legal order. [...] This problem of non-implementation of the judgments of international courts and tribunals is a new type of compliance problem to which the international community must pay much more attention*". (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2010, p.7).



Têm sido amplamente observado que a globalização está a incentivar o surgimento de outros atores internacionais além dos Estados, inclusive como candidatos em litígios internacionais. O fenômeno paralelo - a necessidade de olhar atrás da face monolítica do 'Estado', ao lidar com questões de cumprimento, e os problemas de atendimento dos sistemas dualistas (tanto para os estados em si, quanto para os tribunais internacionais), talvez tem sido menos comentado.<sup>374</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se através da exposição deste trabalho, que a complexa questão da divisão de poderes dentro do Estado, especificamente entre os estados federados, tornou-se um novo paradigma no direito internacional. Este paradigma surge através dos problemas que emergem da necessidade de implementação de normas internacionais na ordem domestica e mais especificamente em sistemas federativos. Desta forma, constata-se que o reconhecimento ou não das decisões de tribunais internacionais, e mais especificamente da Corte Internacional de Justiça, depende da constituição domestica e do sistema legal de cada país.

Nesta perspectiva, na análise do caso LaGrand, verifica-se a existência de dificuldades na aplicação das decisões da CIJ em sistemas federativos, e esta questão pode ser percebida através dos três contenciosos envolvendo de "certa" forma estados federados estadunidenses na Corte. Deste modo, a CIJ adota no caso LaGrand a utilização de uma "nova linguagem" como forma de lidar com este novo paradigma do direito internacional, ao dialogar com o órgão do Estado, o estado federado, competente pela matéria do contencioso.

É possível concluir que está "nova linguagem" foi adotada por três razões pontuais: A questão da falha na emissão de MC no caso anterior envolvendo de certa forma a mesma situação; O pedido extremamente tardio da Ordem de MC que gerou a extrema urgência do caso; A tentativa de dialogar diretamente com o órgão estatal competente pela matéria em disputa.

---

<sup>374</sup> Do original: "It has been widely noted that globalization is encouraging the emergence of international actors other than states, including as applicants in international litigation. The parallel phenomenon - the need to look behind the monolithic face of 'the state', when dealing with issues of compliance, and the attendant problems of dualist systems (both of those states themselves and for international tribunals), has perhaps been less commented on". (HIGGINS, 2001, p.561)



Por fim, é possível constatar que esta exceção em que a Corte dialoga e emite MC que deveriam ser transmitidas a um estado federado no caso LaGrand pode ser explicada pelas circunstâncias particulares desse caso, em virtude da Corte constatar certos elementos específicos que tornaram este caso único.

### Referências Bibliográficas

ADDO, Michael K. Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)("Breard") and LaGrand (Germany v. United States of America), Applications for Provisional Measures. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, 1999, pp 673 686.

CASSEL, Douglass. International Remedies in National Criminal Cases: ICJ Judgment in *Germany v. United States*. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 15, 2002, pp 69 86

EVANS, Malcolm, et al. Lagrand Case (Germany v United States of America). In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 51, 2002, pp 449 455.

FERDINANDUSSE, Ward. 'Out of the Blackbox?'. In: *Brooklyn Journal of International Law*, v. 29, 2003-1, pp 45 127.

HIGGINS, Rosalyn. The Concept of "The State": Variable Geometry and Dualist Perceptions. In: *International Legal System In Quest Of Equity And Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab 547*, 2001, pp 547 561.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Rules of the Court*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Speech by H.E. Judge Hisashi Owada, President of the International Court of Justice, to the sixty-fourth session of the General Assembly of the United Nation*. 29 de Outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/presscom/files/9/15589.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Statute of the International Court of Justice*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 9 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *The Court*. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/court/?p1=1&p2=2&p3=1&judge=13>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

KARAMANIAN, Susan L. Briefly Resuscitating the Great Writ: The International Court of Justice and the U.S Death Penalty. In: *Albany Law Review*, v. 69, 2006, pp 745 770.



KHA, Rahmatullah. *Implementation of International and Supra-national Law by Sub-national Units*. Disponível em: <<http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfFed02/StG-Khan.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2013. p. 201.

KOTZIAS, Fernanda V. O federalismo e a esfera internacional. In: *Revista Ius Gentium*, v. 2(1), pp 69-96, 2009.

LE MON, Christopher J. PostemAvena Application of the Vienna Convention on Consular Relations by United States Courts. In: *Leiden Journal of International Law*, v. 18, 2005, pp 215 235. p. 225 – 226.

MCGUINNESS, Margaret E. Treaty enforcement - Vienna Convention on Consular Relations - International Court of Justice - federalism - self-execution of treaties - foreign affairs powers of the executive. In: *American Journal of International Law*, v. 102.3, 2008.

POLASCHEK, Martin F. Implementation of International and Supranational Law by Sub-national Units. In: *Forum of Federations*, pp 290 305.

QUIGLEY, John. The United States' withdrawal from International Court of Justice jurisdiction in consular cases: reasons and consequences. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 19, 2009, pp 263 305.

SHANY, Yuval. Jurisdictional competition between national and international courts: could international jurisdiction regulating rules apply? In: *Netherlands Yearbook of International Law*, v. 37, 2006, pp 3 56.

THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Bush memorandum on Avena*. Disponível em: <<http://www.asil.org/avena-memo-050308.cfm>>. Acesso em: 27 de maio de 2013.

TOLEDO, Daiany Stéphaney Costa. *Paradiplomacia: O caso de Belo Horizonte*. 2008. Monografia (Bacharel em Relações Internacionais) – Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2008.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001). In: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. 2, Parte 2, 2008.

\_\_\_\_\_. Vienna Convention on Consular Relations (1963). In: *Treaty Series*, vo1. 596, p. 261, 2005. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2013.



\_\_\_\_\_. Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes (1963). In: *Treaty Series*, vo1. 596, p. 487, 2005. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963\\_disputes.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963_disputes.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

ZAN, Myint. Decisions of the International Court in Domestic Law: Paraguay v United States. In: *Public Law Review*, v.9, 1998, pp 164 167.

### Casos Referenciados

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Julgamento, 2004.

\_\_\_\_\_. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 5 de fevereiro de 2003.

\_\_\_\_\_. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Julgamento, 2001.

\_\_\_\_\_. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 3 de Março de 1999.

\_\_\_\_\_. *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Medidas Cautelares, Ordem de 9 de abril de 1998.

US SUPREME COURT. *United States v. Lopez - 514 U.S. 549 (1995)*. 1995, pp 549 560. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2013.



## A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: A ILUSÃO DA CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

Patrícia Kotzias\*

**Resumo:** O grande desafio do direito internacional moderno é a articulação dos interesses de múltiplos atores. Com o declínio do modelo estatocêntrico, a presença de ONGs na defesa de direitos-chave, como a proteção ambiental, pressiona a reconfiguração dos espaços internacionais de resolução de conflitos. Ao atuarem na qualidade de *amicus curiae*, testemunhas ou *experts* em âmbito judicial, as ONGs exigem uma abertura procedimental daquelas instituições e para promover adequada administração da justiça. Em que pese o crescimento das Cortes internacionais aptas à recepção de tais atores, a Corte Internacional de Justiça permanece inerte a tal tendência. Por força de seu Estatuto, apenas Estados podem atuar como parte nos procedimentos junto à Corte e a participação das ONGs, embora permitida de forma indireta não pode, de fato, ser tida como *amicus curiae*.

**Palavras-chave:** ONG. Corte Internacional de Justiça. Amicus Curiae.

**Abstract:** The biggest challenge of the modern international law is articulating the interests of multiple stakeholders. With the decline of the statecentric model, the presence of NGOs in the protection of key-rights, like the environmental protection, can pressure an reconfiguration of the international spaces of conflict resolution. By acting as *amicus curiae*, witness or *experts* on judicial level, NGOs requires an procedural opening of those institutions and can, by doing that, promote and adequate administration of justice. In spite of the growth of International Courts suitable for those actors, the International Court of Justice remains inert to this trend. By virtue of its Statute, only States can act as party to the proceedings in the Court and the NGO participation, although accepted in an indirect form cannot, indeed, be seen as *amicus curiae*.

**Keywords:** NGO. International Court of Justice. Amicus Curiae.

### INTRODUÇÃO

Em âmbito internacional, os mecanismos de resolução de disputas têm se adaptado às novas realidades. Não mais os Estados permanecem como principais atores, nem mesmo suas divergências se restringem à conflitos diplomáticos, de soberania ou de fronteiras marítimas. As relações internacionais se transformaram ao

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de Direito, Estado e Sociedade. Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SC). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA- UFSC/CNPq). Email: kotzias@gmail.com



longo do século XX e com este, o direito internacional. O contexto judicial internacional deve se desenvolver para oferecer novas soluções à novos problemas.

Nas últimas décadas, matérias como uso da força, imunidades, direitos humanos e proteção ambiental têm crescido em relevância e vêm recebendo a atenção de tribunais internacionais. São temáticas que merecem destaque em função de sua complexidade pois tendem a obscurecer os limites entre os interesses da comunidade internacional e dos Estados individualmente considerados.

Como consequência da consolidação do mundo multipolarizado, as Organizações Não Governamentais (ONGs) conquistaram espaço na proteção do direito ambiental. Por suas características próprias elas são capazes de influenciar e pressionar os Estados para a cooperação internacional e, com isto, estimular comportamentos de interesse comum. Apesar da construção de caminhos para o acesso destas instituições à justiça internacional, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) revela-se hesitante em acompanhar esta tendência.

### **1. A pressão das organizações não governamentais sobre a ecopolítica global**

Como uma das mais desafiadoras matérias, a proteção do meio ambiente se desenvolveu a partir do plano internacional e atualmente posiciona-se lado a lado de clássicas. Do advento do termo “ecologia”, em 1866 até o despontar da globalização na metade dos anos 80, muitos desafios já foram lançados à capacidade de resiliência do planeta. Em âmbito doutrinário, não foi ainda alcançado um consenso acerca do significado de meio ambiente, especialmente para o contexto internacional, utilizando-se hoje a combinação de inúmeras definições relacionadas à crescente conscientização da necessidade de regulamentação da proteção ambiental<sup>375</sup>.

Em apertada síntese, a proteção ambiental pode ser classificada em quatro períodos históricos: o primeiro – do início no século XIX até 1945 com a criação de organizações internacionais – envolveu predominantemente a celebração de acordos bilaterais de pesca, caça e poluição marítima. O segundo período corresponde

---

<sup>375</sup> FITZMAURICE, Malgosia A. *International Protection of the Environment*. Hague Academy of International Law. Offprint from the collected courses. Volume 293 (2001). The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 27.



ao estabelecimento das Nações Unidas e a realização da Conferência de Estocolmo, em 1972. Os dois últimos períodos, de maior importância para o desenvolvimento do Direito ambiental em âmbito internacional, estão compreendidos entre o transcurso de vinte anos daquela conferência até a Eco-92, que por sua força transformadora do cenário mundial, tornou-se o marco inicial do quarto período histórico que perpassa os dias atuais.

O primeiro período da proteção ambiental internacional suscitou importantes arbitragens, apesar da baixa conscientização ambiental da época. O caso Trail Smelter (1941), é um exemplo, no qual se encontra as origens do princípio da precaução e que foi, posteriormente, consagrado pelo artigo 10 da Declaração do Rio<sup>376</sup>. Da mesma forma, compreendido no primeiro período, encontra-se o conflito suscitado pelo caso Pacific Fur Steal (1883) que envolveu a disputa entre Reino Unido e Estados Unidos acerca da pesca excessiva de focas, dentro da jurisdição americana, com a finalidade de extração de pele<sup>377</sup>.

O segundo período de proteção ambiental internacional foi caracterizado pela ampliação da noção de preservação da natureza como um todo – e não apenas de certos elementos como água, solo, fauna e flora – o que pode ter ocorrido em razão do aumento de escala da produção de poluição e da intensidade de atividades mercantis diretamente relacionadas com a transformação de recursos naturais em mercadoria, como exemplo a questão da pesca em alto mar; levada à discussão internacional pela primeira vez através da Iª Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1958). Conclui-se à vista destes eventos que entre os anos 1950 e 1960 desenvolveu-se a consciência da necessidade de medidas de proteção ecológica em face da crescente exaustão dos recursos naturais, que estava – ainda está – sendo provocada pelo crescimento econômico ilimitado em prejuízo da qualidade de vida do meio ambiente<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> KERKHOF, Martijn van de. *The Trail Smelter Case Re-examined: Examining the Development of National Procedural Mechanisms to Resolve a Trail Smelter Type Dispute*. Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law, 2011, vol. 27, Issue 73, pp. 68-83. Disponível em: <<http://www.merkourios.org/index.php/mj/article/view/34>>.

Acesso em: 30 maio 2013

<sup>377</sup> FITZMAURICE, Malgosia A. *Op. cit.*, 2002, p. 30.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 33.





Com a Conferência de Estocolmo em 1972, o direito ambiental internacional adquiriu status universal<sup>379</sup> ao conceder a comunidade mundial uma mentalidade visionária, remodelando a forma de enxergar a natureza através do estabelecimento de uma nova relação entre meio ambiente e desenvolvimento.

A conjuntura histórica da institucionalização internacional da proteção ambiental promovida pela Conferência de Estocolmo despertou nas relações entre Estados e a sociedade civil um diálogo nunca antes visto. A crescente conscientização quanto à necessidade de proteção ambiental provocou na população em geral um posicionamento mais ativo. A sociedade como um todo passou a exigir de seus governantes medidas que atendessem ao duplo critério do desenvolvimento e da sustentabilidade. Com a sucessão de diversos estudos – em especial *The limits to Growth*, confeccionado pelo Clube de Roma – constatou-se que “os principais problemas ambientais são globais e sua evolução acontece a ritmo exponencial”<sup>380</sup>. O dilema da governabilidade global da causa ambiental gerou impactos na arquitetura das relações internacionais e do direito internacional.

Foi a partir da década de 80 que o paradigma realista começou a se atenuar frente à estas transformações na comunidade global<sup>381</sup>. Entre os modelos teóricos de governança global construídos por Keohane e Nye (2003)<sup>382</sup>, aquele que está mais enfraquecido atualmente é o estatocêntrico. O paradigma realista no qual os Estados são atores exclusivos do processo de governância global cede espaço à outros modelos, como a teoria da inpedência. Nela consubstancia-se uma nova forma de pensar a política internacional de modo a convergir uma série de critérios e atores com fundamento nas distintas interconexões políticas produzidas nos últimos anos<sup>383</sup>. Trata-se, portanto, de um resgate do pensamento idealista de Grotius e Kant aplicado ao mundo multipolarizado do século XXI.

<sup>379</sup> KISS, Alexander, 1999 *apud* FITZMAURICE, Malgosia A., *Op. cit.*, 2002, p. 33.

<sup>380</sup> LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999, p. 83.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>382</sup> Os demais modelos levantados pelos autores foram: *intergovernamental organization model; transnational private actors model; global governance network model; world state model*. KHAGRAM, Sanjeev; SALEEM, H. Ali. In: CONCA, J. P. K.; FINGER, M. (Eds). *The Crisis of Global Environmental Governance: Towards a New Political Economy of Sustainability*. London and New York: Routledge, 2008, p. 133.

<sup>383</sup> LEIS, Héctor Ricardo, *Op. cit.*, 1999, p. 22.



São fundamentos que agregam força para concretização de uma cooperação internacional e que vão ao encontro da essência do movimento ambientalista caracterizado pela convergência de diversos feixes setoriais progressivamente articulados<sup>384</sup>. Portanto, constata-se hoje que a participação de atores privados está em crescente valorização em âmbito internacional. Há uma tendência para aumento do acesso e da participação do público em geral tanto à nível de direito doméstico quanto em sistemas comunitários e de direito internacional.

A abertura procedimental para *Non State Actors* (NSA) caracteriza-se como um tendência não apenas para participação de indivíduos como também, de organizações internacionais e ONG. Estas, em especial, possuem uma posição estratégica junto ao público geral e podem atuar como guardiãs na representação dos interesses comuns de forma que seu acesso legal seja legítimo<sup>385</sup>.

Exemplo disto é o estudo realizado em 2001 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) que identificou que o setor das ONGs movimentou cerca de US\$ 1,1 tri e gerou empregos para 19 milhões de pessoas. Da mesma forma, um total de 7.500 ONGs participaram da Eco-92 sendo que dentre estas, 1.300 eram credenciadas pela ONU. De fato, as atividades desenvolvidas por esta categoria são complexas e oferecem uma alta capacidade de formação de redes entre organizações locais, regionais e internacionais<sup>386</sup>.

É expressiva a pressão que as ONGs exercem na ecopolítica global<sup>387</sup>, especialmente através da sua aptidão de consultores à negociações, arbitragens, mediação e outros meios de resolução de disputas. É ilustrativo o crescimento do papel consultivo das ONGs no *United Nations Economic and Social Council* (UN ECOSOC) que nos anos 70-80 recebiam como contribuição do setor uma média de 20 a 30 aplicações anuais, número que passou para 500 em 2000-2001<sup>388</sup>. Este

---

<sup>384</sup> Ibidem, passim.

<sup>385</sup> REST, Alfred. Enhance Implementation of International Environmental Treaties by Judiciary – Access to Justice in International Environmental Law for Individuals and NGOs: Efficacious Enforcement by the Permanent Court of Arbitration. In: *Macquarie Journal of International and comparative environmental Law*. Vol. 1, Sidney: 2004, p. 4-5.

<sup>386</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement*. Journal du Droit International, Paris, v. 132, Jan-Mar, p. 41-76, 2005, p. 44.

<sup>387</sup> LIFTFIN, Karen T (editor). *The Greening of Sovereignty in World Politics*. London: MIT Press, 1998, p. 15-16.

<sup>388</sup> REBASTI, Emanuele; VIERUCCI, Luisa. *A Legal Status for NGOs in Contemporary International Law?* In: European Society of International Law, 2002, p. 4. Disponível em: < <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/VierucciRebasti.PDF>>. Acesso em 1 Jun 2013.



procedimento encontra fundamento no artigo 71 da Carta das Nações Unidas<sup>389</sup> cuja **Resolução 1996/31 trata de definir as organizações de âmbito internacional como aquelas que não resultem de acordo estabelecido por entidades governamentais ou intergovernamentais**<sup>390</sup>.

Muito embora o cenário internacional esteja em franca reconfiguração através da inserção deste ator na governança global, as ONGs não têm o reconhecimento de sujeitos de direito internacional, salvo em sede de direitos humanos<sup>391,392</sup>. O que leva a problemática do acesso das ONG às Cortes internacionais à um debate mais profundo.

## 2. A tendência da expansão do acesso de ONGs à justiça

Analisando-se os principais espaços de resolução de disputas se verifica que as ONGs atuam, em maioria, na forma de *amicus curiae*, testemunha ou *expert* sendo raros os casos em que atuam como partes<sup>393</sup>. Em geral são espaços de jurisdição específica constituídos pela outorga de poderes através de convenções internacionais celebradas por Estados para resolução de seus futuros conflitos internacionais, fato este que por si só já afasta – ou ao menos enfraquece – o grau de acesso das ONGs. No entanto, esboça-se no cenário internacional uma tendência de flexibilizar o acesso à tais centros de resolução de conflitos de modo a permitir a participação de ONGs.

A *International Criminal Court and Tribunals* (ICC) é um exemplo desta tendência. Nela as ONGs podem atuar como fontes de informação para a instauração de investigação<sup>394</sup>, figurar no pólo passivo como vítimas ou mesmo participar como

---

<sup>389</sup> “O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência”. ONU Brasil, Carta das Nações Unidas, 2001, artigo 71.

<sup>390</sup> FONSECA, Flávio Eduardo. Notas e reflexões sobre a jurisprudência internacional em matéria ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. In: *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. XIII, n. 2, p. 243-249, 2010, jul-dez, 2010, p. 243.

<sup>391</sup> STONE, Christopher D. Defending the global commons. In: SANDS, Philippe (Org.). *Greening International Law*. London: Earthscan Publications Limited, 1993, p. 55.

<sup>392</sup> Os Estados não são obrigados a aceitar a personalidade jurídica das ONGs, exceto a organização da Cruz Vermelha que detém um *status* especial. VARELLA, Marcelo Dias. *Op. cit.*, 2005, p. 42.

<sup>393</sup> SANTIVASA, Saratoon. *The NGOs’ participation in the proceedings of the International Court of Justice*. In: JEAIL, v. 5, issue 2, pp. 377-406, 2012, p. 381.

<sup>394</sup> Art. 15(2) do Estatuto de Roma e Art. 104 do Regulamento de Procedimento e Evidência da ICC.



*amicus curiae*<sup>395</sup>. No entanto, a ICC estabeleceu critérios para regulamentar a intervenção das ONGs na qualidade de *amicus curiae*: é exigido destes atores a (1) adequada determinação do caso, (2) a relação dos argumentos levantados com os pontos legais principais e por fim, (3) o esclarecimento de uma nova e complexa questão decorrente do seu conhecimento e *expertise*<sup>396</sup>. São estas as condicionantes para participação de ONGs como *amicus curiae* neste espaço de resolução de disputas. Pode-se afirmar que a ICC não apenas vale-se da contribuição que NSA podem oferecer como já desenvolve soluções para a adequada administração da justiça e manutenção da carga de trabalho da Corte.

No entanto, o órgão de resolução de disputas da *World Trade Organization* (WTO), constituído pelo *Dispute Settlement Understanding* (DSU) é mais restrito. Através deste sistema, há a formação de Painel para resolução do conflito a pedido das Partes o qual detém uma segunda instância para revisão da decisão: o *Appellate Body*. De acordo com a interpretação o art. 13 do DSU é possível a submissão de relatórios de *amicus curiae* de ONGs. A aceitação ou rejeição do relatório é uma decisão discricionária tanto do Painel quanto do *Appellant* e está jurisprudencialmente consolidada; muito embora o volume de *amicus curiae* deferidos tenha-se reduzido nos últimos anos<sup>397</sup>.

Nos tribunais que tratam de Direitos Humanos as ONGs ganham maior relevância em razão de que neste campo possuem elas personalidade de direito internacional. Na Corte Africana de Direitos Humanos, por exemplo, as ONGs certificadas com *observer status* na *African Union Commission* podem pleitar diretamente contra Estados que tenham declarado aceitar esta possibilidade<sup>398</sup>. Também está aberta a possibilidade para estes atores iniciem *advisory proceedings* junto à Corte Africana de Direitos Humanos<sup>399,400</sup>. Através desta abertura duas ONG encaminharam em 1996 uma comunicação denunciando a violação do direito ao meio ambiente favorável ao seu desenvolvimento (art. 24 da Carta Africana de Direitos Humanos) dos habitantes da região de Ogoniland em razão da disposição inadequada

<sup>395</sup> Art. 44 do Estatuto de Roma.

<sup>396</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 381-383.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 385.

<sup>398</sup> Arts. 5(3) e 34(6) do Protocolo da Carta Africana de Direitos Humanos.

<sup>399</sup> Art. 4 do Protocolo da Carta Africana de Direitos Humanos e Art. 68(1) do Regulamento da Corte.

<sup>400</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 388.



de resíduos sólidos e contaminação da água. Na ocasião, o pedido foi favorável e o Caso Ogoniland v. Nigéria tornou-se um dos primeiros casos em sede de direitos humanos a reconhecer uma violação do direito ao meio ambiente saudável<sup>401</sup>.

Além desta, a Corte Interamericana da Direitos Humanos permite o peticionamento por parte de ONGs apenas à Comissão e desde que sejam legalmente reconhecidas em um ou mais países membros da Organização Americana de Estados. Apesar desta limitação, a possibilidade de atuarem como *amicus curiae* é plenamente aceita – tanto para jurisdição contenciosa quanto para *advisory* – por força do art. 45(1) do Regulamento de Procedimentos desta Corte. Por sua vez, a estrutura da Corte Europeia de Direitos Humanos está mais apta a receber a contribuição das ONGs que podem demandar diretamente à Corte na qualidade de representantes – sob a alcunha de *third party intervention*<sup>402</sup> – ou vítimas<sup>403</sup>.

Em âmbito de Direito Comunitário, o artigo 263(4) do Tratado sobre o funcionamento da União europeia reconhece o *locus standi* das ONGs para atuar na proteção de um interesse coletivo contra um ato da União Europeia e demonstra, assim, a vanguarda da comunidade europeia no trato dos conflitos que lhe são subjacentes. No entanto, para acesso ao órgão judicial desta, impõe-se certos critérios. Pelo disposto no artigo 40 do Estatuto da Corte de Justiça da União Europeia e no artigo 93(1) do Regulamento exige-se a comprovação de um interesse direto e próprio no caso como condição para intervenção de ONGs. Deste modo, a intervenção aqui não pode ser do tipo *amicus curiae* uma vez que o pleito diz respeito à direito próprio e individual daquele ator<sup>404</sup>.

Como se desprende, em geral a atuação das ONGs é predominantemente na forma de *amicus curiae* ou *expert*<sup>405</sup> e decorre do conhecimento especializado que presumidamente possuem. É através premissas excepcionais que o papel deste NSA é cada dia mais valorizado para defesa de interesses coletivos pois são eles que conseguem articular a complexidade de cada caso. Muito embora a tendência aponte para expansão do acesso de ONG aos espaços

---

<sup>401</sup> FONSECA, Flávio Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 253.

<sup>402</sup> Art. 36 (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1998).

<sup>403</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 386-388.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 389.



de resolução de conflitos entre Estados, existe um que mantém uma abordagem conservadora quanto ao tema: a Corte Internacional de Justiça (CIJ).

### 3. O procedimento para acesso de ONGs à Corte Internacional de Justiça

A CIJ é o tribunal internacional mais antigo e único cuja competência é geral para qualquer tipo de disputa sendo que sua jurisdição é formada por consenso entre as partes<sup>406</sup>. A Corte foi constituída como principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU) e é composta por um corpo de julgadores independentes eleitos entre pessoas de caráter moral para composição de um quadro que respeite uma distribuição geográfica equitativa antigamente entendida como “os principais sistemas legais do mundo”<sup>407</sup>. No entanto, a CIJ não vincula os Estados-Membros que por força do artigo 95 da Carta das Nações Unidas podem demandar em outros tribunais por acordos já existentes ou futuros.

O Estatuto da CIJ vislumbra duas circunstâncias para intervenção de um Estado em determinado caso litigioso. A primeira, prevista no artigo 62, está direcionada para o reconhecimento de títulos ou interesses específicos do terceiro Estado na causa, sendo que este deverá demonstrar com precisão como será afetado pela parte operativa da decisão<sup>408</sup>. A função desta intervenção não é obter um pronunciamento da Corte sobre a reivindicação, mas sim, a de proteger os direitos do Estado interventor através do fornecimento de sua situação jurídica aos julgadores<sup>409</sup>. A partir deste momento, a Corte determina se o Estado interventor será parte na causa e, conseqüentemente, vinculado à decisão nos termos do art. 59 do Estatuto ou não<sup>410</sup>. Neste caso o Estado interventor que não possui o *status* de parte na causa e, assim, não terá contra si constituídas obrigações de direito internacional. A segunda forma de intervenção é prevista no artigo 63 do Estatuto da CIJ e diz respeito as razões

---

<sup>406</sup> PELLET, Alain. Remarks on proceedings before the international court of justice. In: VECCHIO, Angela Del. *New international tribunals and new international proceedings*. Roma: Giuffrè, 2006, p. 99.

<sup>407</sup> ROSENNE, Shabtai. International Court of Justice (ICJ). In: *Max Planck encyclopedia of public international law*, 2006, p. 6. Disponível em: <<http://tinyurl.com/n7c8zee>>. Acesso em: 2 Jun 2013.

<sup>408</sup> PALCHETTI, Paolo. Opening the international Court of Justice to thirds states: intervention and beyond. In: FROWEIN, J. A.; WOLFRUM, R. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, p. 139-181, 2002, p. 144-145.

<sup>409</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>410</sup> BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2005, p. 371-372.



a serem utilizadas na decisão a respeito do litígio. Através desta modalidade, os Estados poderão intervir em causas que envolvem a interpretação de Convenção a qual sejam signatários. O acesso à Corte neste caso é automático, ou seja, independente de comprovação de qualquer interesse especial<sup>411</sup> e decorre do objeto da causa que poderá constituir um precedente oficial influenciador do comportamento de todos Estados-Parte daquela Convenção<sup>412</sup>.

No entanto, tais formas de intervenção estão alinhadas com o artigo 34 (1) do Estatuto da CIJ que trata da capacidade para submeter uma disputa e assim dispõe: “Só os Estados poderão ser partes em causas perante o Tribunal”. A abertura da jurisdição contenciosa para NSA, portanto, é permitida através do parágrafo segundo do mesmo artigo nos seguintes termos:

Sobre as causas que lhe forem submetidas, o Tribunal, nas condições prescritas pelo seu Regulamento, poderá solicitar informação de *organizações internacionais públicas* e receberá as informações que lhe forem prestadas, por iniciativa própria, pelas referidas organizações. [grifo meu].

Como se pode observar, a possibilidade de intervenção de ONGs nos procedimentos contenciosos não está prevista nem no Estatuto nem no Regulamento<sup>413,414</sup>, sendo que a sua participação só poderá ocorrer através de submissão de informações apenas por organizações que preencham a literalidade da expressão “organizações internacionais públicas” tidas como aquelas compostas exclusivamente por Estados devidamente reconhecido se com personalidade jurídica de direito internacional. Isto porque, o artigo 34(2) possui origens no artigo 26 da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) dissolvida em 1946 e predecessora da CIJ.

É sabido que, para conservar a estabilidade e certeza do direito internacional, aproveitar a experiência judicial antecedente, e principalmente, para a construção de uma doutrina e jurisprudência consistentes e uniformes a CIJ adota substancialmente o mecanismo dos precedentes judiciais existente nos países de *common law*. Porém, a continuidade entre a CPJI e a CIJ não é capaz de obrigar os

<sup>411</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>412</sup> PALCHETTI, Paolo. *Op. Cit.*, 2002, p. 141.

<sup>413</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 389.

<sup>414</sup> Ao passo que o artigo 69(4) do Regulamento da CIJ é explícito em determinar que o termo “organização internacionais públicas” significa organização internacional de Estado.



juízes a seguirem determinado precedente da CPJI. Tampouco estão eles autorizados a desconsiderar por completo as antigas decisões, devendo aduzir os motivos que o fazem modificar o posicionamento do órgão<sup>415</sup>.

A observação é pertinente em função do precedente obtido pela CIJ no *Asylum Case* (Colômbia v. Peru) em 1950, onde a Corte rejeitou a oferta de informações relevantes por parte da *International League for the Rights of Man* sob a alegação que tal organização preenchia o requisito de “organização internacional pública”.

Quanto à análise dos *advisory proceedings*, a abertura para participação de ONGs é melhor recebida através do artigo 66 (2) do Estatuto da CIJ que suprime a expressão “público” do termo organizações internacionais e permite tais instituições a atuarem como não-partes. O posicionamento da CIJ foi fortalecido no caso *International Status of South-West African Case* onde foi aceita a submissão de comunicação por parte da *International League of the Rights of Man*<sup>416</sup>, que constitui uma ONG. No entanto, em 1996, a Corte demonstrou que a participação de ONGs na condição de *amicus curiae* é uma decisão discricionária de seus juízes<sup>417</sup> e rejeitou inúmeras manifestações quanto às opiniões consultivas acerca da Legalidade do Uso de Armas Nucleares propostas pela *World Health Organization* (WHO) e pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Estas manifestações foram elaboradas por vários grupos da sociedade civil e ONG especializadas na temática nuclear, sendo este o caso da *International Physicians for the Prevention of Nuclear War*, cujas manifestações foram utilizadas na opinião dissidente dos juízes Weeramantry e Oda.

A relutância da CIJ em permitir uma abertura procedimental à ONGs<sup>418</sup>, mesmo em *advisory proceedings*, foi reforçada pela publicação da *Practice Direction XII*, em 2004, que regulamenta a matéria da seguinte forma:

1. Where an international non-governmental organization submits a written statement and/or document in an advisory opinion case on its own initiative, such statement and/or document is not to be considered as part of the case file.

---

<sup>415</sup> LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The international development of international law by the international court*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 13-15.

<sup>416</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 391.

<sup>417</sup> PALCHETTI, Paolo. *Op. Cit.*, 2002, p. 165.

<sup>418</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 394.





2. Such statements and/or documents shall be treated as publications readily available and may accordingly be referred to by States and intergovernmental organizations presenting written and oral statements in the case in the same manner as publications in the public domain.

3. Written statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations will be placed in a designated location in the Peace Palace. All States as well as intergovernmental organizations presenting written or oral statements under Article 66 of the Statute will be informed as to the location where statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations may be consulted.

Assim, fica patente que a submissão de informações ou comunicações por ONGs não detém um verdadeiro caráter de *amicus curiae* uma vez que não há qualquer garantia que a Corte utilize o conhecimento especializado ou mesmo os argumentos ali levantados na ocasião de seu julgamento<sup>419</sup>. A *Practice Direction XII* torna-se então o símbolo da rejeição da CIJ à participação das ONGs uma vez que, caso não utilizados, os documentos depositados no *Peace Palace* permanecem como qualquer outra informação disponível ao público<sup>420</sup>.

## Conclusão

Há doutrinas conscientes dos delicados desafios de campos como o direito ambiental para obtenção de um acesso à justiça capaz de influenciar o desenvolvimento do direito internacional. A questão da governância global esbarra em diversas problemáticas que vão da noção de interesse comum ao abandono do paradigma realista.

Nos recentes anos diversos espaços de resolução de conflitos internacionais se mostraram receptivos à construção de um direito capaz de articular interesses dentre os mais diversos atores, abandonando, desta forma, a primazia do modelo estatocêntrico.

No entanto, a CIJ detém peculiaridades que impedem a abertura procedimental para participação de NSA tanto em âmbito de jurisdição contenciosa quanto nas opiniões consultivas. Uma vez que é um órgão de competência universal e desenhado para resolução de conflitos entre Estados a possibilidade de modificar sua

---

<sup>419</sup> SANTIVASA, Saratoon. *Op. cit.*, 2012, p. 395.

<sup>420</sup> Ibidem.



atuação para a boa administração da justiça e assim seguir a tendência do acesso à justiça para atores como ONGs ainda permanece remota.

O que se deve auferir pela prática da CIJ é que atualmente não há a participação, de fato, das ONGs na condição de *amicus curiae*. Tais organizações, apesar de sua relevância no cenário internacional, podem submeter seu *know-how* aos casos que lhes sejam caros porém, não recebem em troca qualquer garantia de que seus esforços terão relevância. Portanto, apesar da sofisticação do sistema empregado na CIJ, a mais antiga das Cortes internacionais, acaba ela por desestimular um ramo valioso para o futuro desenvolvimento do direito internacional.



## TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO: MONISMO, DUALISMO E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS

Arthur Rodrigues Dalmarco<sup>421</sup>

**RESUMO:** Objetivando revisitar as correntes que orientam a incorporação de tratados no ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo adota perspectiva que atine exclusivamente aos reflexos de tal incorporação em matéria tributária, considerando-se ainda o debate travado entre grandes juristas acerca do tema. A importância dos tratados internacionais editados com escopo de evitar a bitributação, enquanto instrumentos facilitadores do comércio internacional, possuem papel central neste cenário, em virtude de homogeneizarem os critérios de conexão empregados internacionalmente para o exercício do poder de tributar dos Estados.

**Palavras-Chave:** Direito Internacional Tributário; Tratados Internacionais no Brasil; Tributação sobre a Renda.

**ABSTRACT:** Aiming to revisit the currents of thought that serve as guidelines to the incorporation of international treaties in brazilian law, the current article adopts a perspective that takes on exclusively the reflexes of such incorporation on the country's tax law. Notwithstanding, the importance of international treaties edited with a clear objective of avoiding double taxation – considered as an important element of the legal framework necessary to stimulate economic development – remains central in the international scenario, due to the necessity of definition of a standard tax law connection criteria.

**Keywords:** International Tax Law; International Treaties in Brazil; Income Tax.

### Introdução

A influência dos tratados internacionais com a finalidade de evitar a bitributação constitui-se, ainda, como um dos grandes cerne de estudo para matéria tributária em âmbito internacional. Sua relevância nos estudos da doutrina brasileira concentra-se, de modo geral, na influência que exercem sobre a regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, seja sobre os rendimentos ou ganhos de capital em qualquer modalidade de investimentos – diretos ou em portfólio.

---

<sup>421</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), foi bolsista de iniciação científica (PIBIC/CNPq) em 2012 e 2013. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional *Ius Gentium* da UFSC. Possui linha de pesquisa voltada ao Direito Tributário Internacional.



Sem a pretensão de adentrar nos debates acerca da extrafiscalidade que permeia o tema, o presente artigo deita sua atenção sobre aspecto distinto: o impacto jurídico que a ratificação de tratados em matéria tributária pode produzir nesta seara.

## 1. Objetivo central dos tratados internacionais contra a bitributação

Afirmam Alain Pellet, Patrick Daillier e Mathias Forteau<sup>422</sup>, com base no art. 2º, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que tratado internacional é qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional.

Estabelecido tal conceito, como bem observa Paulo Ayres Barreto<sup>423</sup>, vem o Estado brasileiro firmando, nos últimos anos, diversos acordos internacionais com objetivo de evitar o fenômeno da dupla tributação internacional, notadamente em relação ao imposto sobre a renda.

O interesse dos Estados com a edição desses tratados, com destaque os instrumentos bilaterais (o Brasil não é signatário, até o momento, de instrumentos multilaterais que objetivem evitar a dupla tributação), é evitar a bitributação a partir de concessões mútuas, renunciando a determinadas pretensões impositivas tributárias.

Outra característica interessante a ser indicada é que o Estado brasileiro utiliza, em regra, a Convenção Modelo da OCDE como “espinha dorsal” de seus tratados em matéria tributária, apresentando o histórico dos tratados ratificados pouca variação entre si<sup>424</sup>, o que importa a necessidade de avaliar as nuances que os diferenciam face aos casos concretos.

---

<sup>422</sup> PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2009, p. 132.

<sup>423</sup> BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 162.

<sup>424</sup> Os países com os quais o Brasil mantém atualmente tratados para evitar a dupla tributação são seguintes: África do Sul; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; Coreia do Sul; Dinamarca; Equador; Eslováquia; Espanha; Filipinas; Finlândia; França; Holanda; Hungria; Índia; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Peru; Portugal; República Tcheca; Suécia; e Ucrânia. BELLAN, Daniel Vitor; SANTOS, João Victor Guedes. **Origem do Capital Investido: Regimes Diferenciados de Tributação**. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 398.



Nas palavras de Reuven S. Avi-Yonah<sup>425</sup>, o objetivo dos tratados é, em linhas gerais, o de uniformizar a aplicação do princípio da residência como critério de conexão aplicável às operações das quais se aufera renda. Este critério, que vem se tornando majoritário em âmbito internacional, em detrimento ao princípio da fonte, acaba por produzir o fenômeno da dupla imposição tributária ao ser aplicado concomitantemente ao primeiro.

Questão sobremaneira importante a este trabalho, e em cuja medida o estudo dos tratados contra a dupla tributação torna-se relevante, é a identificação da natureza jurídica do tratado internacional perante o ordenamento jurídico pátrio, e, sobretudo, de que forma as limitações definidas constitucionalmente ao direito tributário influenciam a recepção dos mesmos.

Primeiramente, destaca-se, há um debate que desde muito vem reclamando da doutrina uma resposta definitiva, para o qual, no entanto, ainda não se delineou uma resposta completamente satisfatória: trata-se do debate sobre a adoção do monismo ou do dualismo pela Constituição Federal do Brasil, assim como seus efeitos sobre a matéria tributária.

O referido debate pode ser melhor avaliado a partir de dois problemas centrais, conforme assinala Alberto Xavier<sup>426</sup>: (i) o primeiro se refere ao momento em que os tratados passam a ter eficácia na ordem jurídica interna; (ii) o segundo, aborda a identificação da posição hierárquica ocupada pelos tratados dentro do plexo normativo do sistema constitucional brasileiro.

Para responder às duas indagações, passa-se a expor os argumentos das duas correntes, justificando-se posteriormente qual das duas correntes, segundo evidências na doutrina e jurisprudência, orienta majoritariamente o tema atualmente.

## **2. Monismo, dualismo e a posição do Supremo Tribunal Federal**

---

<sup>425</sup> AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 169.

<sup>426</sup> XAVIER, 2004, p. 108-110.



A corrente monista no direito tributário é liderada pelos fundamentos do próprio Alberto Xavier<sup>427</sup>, que justifica sua posição a partir de seis argumentos principais:

(i) A identificação no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal<sup>428</sup>, uma cláusula geral de recepção plena dos tratados, pela qual os tratados são recebidos *como tal* na ordem nacional, e não como leis internas;

(ii) Na opinião do jurista, embora o dispositivo mencionado atribua expressa superioridade hierárquica apenas aos tratados em matéria de direitos e garantias fundamentais, segundo o jurista essa posição deve ser interpretada como reveladora de um princípio geral, incluindo-se então a matéria tributária arrolada no art. 150, *caput*, da Constituição Federal<sup>429</sup>, no rol de direitos e garantias individuais;

(iii) Os Tribunais aplicam os tratados como tal e não como lei interna;

(iv) A celebração dos tratados é ato da competência conjunta do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional (art. 84, inciso VIII e art. 49, inciso I), não sendo, portanto, admissível a sua revogação por ato exclusivo do Poder Legislativo;

(v) O art. 98 do Código Tributário Nacional, materialmente lei complementar que dispõe sobre normas gerais de direito tributário, é expresso ao estabelecer a superioridade hierárquica dos tratados, sendo inadmissível restringir essa superioridade apenas a certas modalidades, não distinguidas em lei;

(vi) nem o decreto legislativo, que formaliza o referendo do Congresso Nacional, nem o decreto do Presidente da República, que formaliza a promulgação, têm o alcance de transformar o tratado em lei interna.

Apesar do relevo dos fundamentos utilizados pelo mestre lusitano, a corrente antagônica à apresentada é encampada pelo professor Roque Antônio

---

<sup>427</sup> XAVIER, 2004, p. 119-150.

<sup>428</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**§ 2º** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>429</sup> **Art. 150** – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...]



Carrazza, para quem o direito constitucional brasileiro adotou a teoria dualista, na medida em que os tratados internacionais firmados devem “passar pelo referendo do Congresso Nacional, para serem incorporados ao direito interno do País”, à dicção da própria Constituição Federal<sup>430</sup>.

No que assevera o mestre paulista, a fonte primária do direito tributário não é o tratado internacional, mas sim o decreto legislativo que o ratifica, ao incorporá-lo ao direito interno brasileiro, passando o tratado a figurar no mesmo patamar hierárquico das leis em sentido amplo<sup>431</sup>.

Por sua vez, Paulo de Barros Carvalho, em sintonia com a opinião indicada, aponta que a percepção utilizada pelos adeptos da teoria monista não resiste a análise mais profunda do problema posto. Segundo o tributarista, a redação estatuída no art. 98 do Código Tributário Nacional – “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” – carrega equívoco incontornável, ao passo que os tratados internacionais, por si, não possuem “idoneidade jurídica para revogar ou modificar legislação interna, mas sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira”<sup>432</sup>.

Face a alguns dos argumentos mais marcantes às correntes, importa trazer as ponderações que, ao longo do presente estudo, se mostraram as mais robustas sobre o tema, ventiladas pelo professor Paulo Ayres Barreto: se as questões fulcrais associadas ao tema da “incorporação de tratados internacionais” devem ser resolvidas à luz do que dispõe a Constituição Federal, insta retornar à mesma para verificar qual a amplitude do vocábulo “ratificação” quando empregado pela Carta Constitucional para referir-se ao tema<sup>433</sup>.

Por fim, que significa ratificar um tratado no direito brasileiro?

---

<sup>430</sup> **Art. 49** – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

<sup>431</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Mercosul e Tributos Estaduais, Municipais e Distritais**. In: Revista de Direito Tributário nº 64. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 186.

<sup>432</sup> CARVALHO, 2012, p. 92.

<sup>433</sup> BARRETO, 2001, p. 164.



A “ratificação”, no direito pátrio, assume quatro significações diferentes, identificáveis ao longo do texto constitucional: ato do presidente ao rubricar ou assinar o texto a ser submetido ao referendo congressional; o referendo do Congresso Nacional ao texto convencional; o decreto-legislativo que dá publicidade ao referendo congressional; e, por último, a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação.

Em virtude da multiplicidade de significados possíveis, conforme bem observa Paulo Ayres Barreto, o uso indiscriminado e inapropriado de “ratificação” tem, não raro, originado debates estéreis desde seu ponto de partida. A descrição do procedimento de ratificação de um tratado ao direito interno, com a identificação de suas diferentes fases, requer, portanto, que o jurista reflita com cautela ao se ocupar do tema.

Em primeiro momento, o procedimento de ratificação tem início com a discussão e negociação dos termos do documento entre os representantes legais dos países envolvidos. O representante autorizado pela Constituição Federal a fazê-lo em nome do Estado brasileiro é o Presidente da República, que deverá rubricar o texto inicialmente acordado para envio ao Congresso Nacional com vistas a obter a aquiescência deste.

Em um segundo momento, o texto, submetido ao Congresso Nacional, é apreciado por ambas as casas, cuja rejeição individual já ensejaria desautorização ao prosseguimento do procedimento de ratificação. Se aprovado nas duas casas legislativas, o texto é encaminhado para assinatura do Presidente do Senado, que o publica na forma de decreto legislativo.

Por fim, conforme anota José Francisco Rezek, a ratificação propriamente considerada ocorre apenas em momento posterior à publicação do decreto legislativo, com a troca e depósito do instrumento de ratificação, que nesse caso, deve ser entendido como “ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”<sup>434</sup>. Segue-se a publicação de decreto do Poder Executivo Federal que dá publicidade a este último ato, e às obrigações assumidas internacionalmente.

---

<sup>434</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.





Conclui-se, então, que o procedimento que envolve a incorporação de tratados internacionais ao direito interno brasileiro acaba por encerrar a transformação, em circunstâncias procedimentais análogas às que regem os convênios tributários entre os entes políticos, de determinadas obrigações assumidas internacionalmente em normas de direito interno.

O procedimento determinado pela Constituição Federal, acima explicitado, possui fase própria para aquiescência do Congresso Nacional com a intenção clara de tornar relativa a competência atribuída ao Presidente da República para celebrar tratados, na medida em que, sem tal referendo, consubstanciado em decreto legislativo, não se altera a ordem jurídica vigente. Em virtude de tal fato, reforça-se a tese de que a teoria incorporada pelo sistema constitucional brasileiro é a dualista, em detrimento da teoria monista.

Embora haja exceções à necessidade de submissão ao Congresso do texto rubricado, levantadas pelo professor Rezek<sup>435</sup>, as mesmas não encontram aplicabilidade aos casos abordados pelo presente estudo – como bem destaca o professor Paulo Ayres Barreto<sup>436</sup> –, ao passo que tratados que versam sobre matéria tributária não apenas se encontram sujeitos ao inoxidável efeito do princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal), como também prescrevem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional, tornando a participação das casas legislativas nacionais necessária à validade dessas normas em âmbito interno.

Passando-se ao segundo problema, assentada a questão da ratificação dos tratados em matéria tributária, indaga-se: qual seria a posição hierárquica dos tratados, perante o ordenamento jurídico brasileiro, após sua incorporação?

Há parcela da doutrina que afirma haver, com fundamento no art. 98 do Código Tributário Nacional, superioridade hierárquica dos tratados face às demais normas que integram o sistema tributário brasileiro, supondo existir semelhança entre o regime constitucional brasileiro que disciplina a matéria e, por exemplo, o regime francês ou o argentino<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> REZEK, 2013, p. 64.

<sup>436</sup> BARRETO, 2001, p. 167.

<sup>437</sup> HORVATH, Estevão; CARVALHO, Nelson Ferreira de. **Tratado Internacional em Matéria Tributária pode Exonerar Tributos Estaduais?** In: Revista de Direito Tributário nº 64, 1993, p. 267.



Segundo Estevão Horvath e Nelson Ferreira de Carvalho, essa posição não possui fundamentos sólidos, uma vez que não é atribuição de lei complementar definir a estatura jurídica dos tratados, mas sim da Constituição Federal, único instrumento apto a definir as competências dos entes federativos e de ditar, com força impositiva, a estrutura hierárquica das normas<sup>438</sup>.

Realizando-se a busca nos moldes propostos pela doutrina dos autores, verifica-se que apenas nas matérias atinentes ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal – direitos e garantias fundamentais –, há admissão expressa do texto constitucional para uma supremacia hierárquica dos tratados face aos demais instrumentos normativos internos, constituindo-se, portanto, como exceção à regra: não há, em matéria tributária, superioridade hierárquica entre os decretos legislativos que incorporam os tratados ao direito interno, e as leis em sentido amplo que versem sobre a mesma matéria<sup>439</sup>.

## Considerações Finais

Uma última consideração há que ser feita, no entanto. Em razão das características do decreto legislativo editado com o fito de veicular as disposições de tratado que verse sobre matéria tributária – sobretudo a igualdade hierárquica –, os critérios utilizados para resolução de antinomias eventualmente produzidas entre o referido decreto e as demais leis tributárias internas são o da especialidade e o cronológico<sup>440</sup>, orientando-se a sua aplicação pelos ditames, agora sim, do art. 98 do Código Tributário Nacional<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> HORVATH; CARVALHO, 1993, p. 267.

<sup>439</sup> BARRETO, 2001, p. 168.

<sup>440</sup> Veja-se, ainda, posicionamento consoante, exposto pelo Supremo Tribunal Federal: “**EMENTA: PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS.** Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.” BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 662-2 de 28 de Novembro de 1996. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:



Em virtude do exposto, considera-se que as alterações produzidas pela ratificação de um tratado, que objetive evitar a dupla tributação internacional, no ordenamento jurídico brasileiro, implicam modificação idêntica àquela produzida por lei tributária interna, no critério de conexão empregado pela regra-matriz de incidência do tributo objeto do tratado. Dito de outro modo, as alterações que o decreto legislativo que incorpora o tratado estatuir produzirão os mesmos efeitos sobre a regra-matriz de incidência tributária que outra lei interna produziria, porquanto idênticas do ponto de vista hierárquico.

### Referências Bibliográficas

AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BELLAN, Daniel Vitor; SANTOS, João Victor Guedes. **Origem do Capital Investido: Regimes Diferenciados de Tributação**. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Mercosul e Tributos Estaduais, Municipais e Distritais**. In: *Revista de Direito Tributário* nº 64. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HORVATH, Estevão; CARVALHO, Nelson Ferreira de. **Tratado Internacional em Matéria Tributária pode Exonerar Tributos Estaduais?** In: *Revista de Direito Tributário* nº 64, 1993.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

---

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2013.

<sup>441</sup> AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.



ROTHMANN, Gerd Willi. **Considerações sobre Extensão e Limites do Poder de Tributar**. In: **Estudos Tributários em Homenagem a Rubens Gomes de Sousa**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

VOGEL, Klaus. **On Double Taxation Conventions**. Deventer: Kluwer, 1997.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Extradução nº 662-2** de 28 de Novembro de 1996. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2013.



## DA FORÇA DO RESPALDO JURÍDICO À FORÇA DE INDEPENDÊNCIA DE UM PAÍS: A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O SAARA OCIDENTAL

Adriano A. Smolarek<sup>442</sup>

**Resumo:** O presente artigo tece uma exposição sobre o panorama conjuntural do conflito existente no Saara Ocidental desde seu início até o ano de 1975. São discutidas neste primeiro momento, a origem histórica do povo saarauí, a sua vinculação territorial, a colonização pela Espanha até o surgimento do ideal de descolonização do continente africano. Trata-se também do surgimento do anseio anexionista da parte do Reino Marroquino e da Mauritânia e o posterior Acordo de Madrid. Ao fim, quando a conjuntura culminou na necessidade da entrega da questão à Corte Internacional de Justiça, analisa-se o parecer da referida opinião consultiva, ressaltando os pontos relevantes.

**Palavras-chave:** Saara Ocidental, Marrocos, Espanha, Mauritânia, Corte Internacional de Justiça.

**Abstract:** This article presents an exhibition of the conjunctural panorama of the conflict in the Western Sahara from its beginning until the year 1975. Are discussed in this first time, the historical origin of the Saharawi people, their territorial linking, and the colonization by Spain until the emergence of the ideal of decolonization of the African continent. The article analyzes the emergence of desire annexation of the Kingdom of Morocco and Mauritania and later the Madrid Agreement. At the end, when the situation culminated in need of delivery of the issue to the International Court of Justice, analyzes the advisory opinion, pointing out the relevant points.

**Keywords:** Western Sahara, Morocco, Spain, Mauritanian, International Court of Justice.

### Introdução

Este trabalho visa trazer ao conhecimento da comunidade acadêmica, análise que versa sobre o conflito que se desenvolve no Saara Ocidental. Este contencioso já se acerca à quarta década de existência. Ainda assim, pouco ou quase nada se veicula na comunidade jurídica internacionalista nacional sobre ele. O desinteresse forjado bloqueia a ciência do homem médio sobre as verdadeiras razões que enredam a temática repleta de ilegalidades e episódios juridicamente lamentáveis. Não bastante, o Direito Internacional externaliza seu viés inefetivo na questão, vez que, a ONU se ocupa através de uma missão de paz (MINURSO – Missão das Nações Unidas para o Referendo do Saara Ocidental), implantada em 1991, qual não consegue cumprir com seu propósito maior, que seria o logro de condições

---

<sup>442</sup>Bacharel em Direito pela Faculdade União. Especializando em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná. Assessor Parlamentar. Assessor Editorial da revista “O Debatedouro”.



viáveis de autodeterminação do povo do Saara Ocidental. Inexistem, ao menos, partindo da base negocial atualmente empreendida pela ONU, meios capazes de assegurar ou proporcionar condições favoráveis à autodeterminação daquele povo. Respaldo pela doutrina político-jurídica internacional, realiza-se análise sobre a questão do impasse e no que se refere à deficiência normativa para a regulamentação do conflito.

### **Síntese da história política e os demarcadores jurídicos do Saara Ocidental**

Dizer a respeito da formação do *ethos* do povo que habitava, desde a antiguidade, a região do atual Saara Ocidental é tarefa demasiado complexa. Sabe-se apenas que sua origem é comum a dos povos berberes<sup>443</sup> norte-africanos. Acredita-se que os primeiros proto-berberes tenham surgido no Neolítico, da fusão de três culturas pré-históricas originárias da própria África e do Oriente: os ibero-maurusienses, os capsenses e os neolíticos<sup>444</sup>. Eles multiplicaram-se por todo o Magreb<sup>445</sup> experimentando ao longo dos tempos, em maior ou menor medida de acordo com a localização de sua tribo, a influência das culturas fenícia, grega, romana, vândala e árabe. Estes últimos, sabidamente, exerceram

---

<sup>443</sup>O uso da palavra berbere para descrever os habitantes indígenas da África norte-ocidental, surge no século VIII d.C. com a chegada dos árabes na região. É possível que a palavra tenha se originado de uma corruptela dos barbari dos romanos. Há quem acredite que o termo, num primeiro momento, designasse um único grupo organizado de forma tribal. Durante o período de ocupação colonial europeia sedimentou-se como denominação dos habitantes locais originais. Apesar de poder ser considerada anacrônica foi adotada pela historiografia moderna para designar os habitantes autóctones, visto que foi este o sentido dado a ela pelos árabes e, ainda hoje em dia, é essa a designação dada aos últimos norte-africanos que mantêm tradições milenares do período proto-histórico. De maneira análoga, a historiografia denomina de Berberia o Maghreb, isto é, o Norte da África centro-ocidental, identificando três áreas distintas: Berberia ocidental (Marrocos e Argélia ocidental); Berberia central (Argélia) e Berberia oriental (leste da Argélia e Tunísia). KORMIKIARI, Maria C. N., Grupos Indígenas Berberes na Antiguidade: a documentação textual e epigráfica. *Revista de História*. nº 145 (2001) FFLCH/USP. p. 11.

<sup>444</sup>DESANGES, J. 1983: 429-430 in KORMIKIARI, Maria C. N., Grupos Indígenas Berberes na Antiguidade: a documentação textual e epigráfica. *Revista de História*. nº 145 (2001) FFLCH/USP. p.15.

<sup>445</sup>“Maghreb, gramaticalmente Magreb significa para a Corte [da Língua Francesa], o Ocidente. Entre os historiadores árabes, a palavra é empregada pela primeira vez para designar o Norte da África e Espanha, mas, em seguida, deram-lhe um sentido mais restrito, aplicando-a a todo o país, que se localiza ao Oeste da África. Assim, eles introduziram os nomes de Central Magreb (Al-Maghrib al-Aousat) e Magreb Ulterior (Al-Maghrib al-ACSA), o primeiro a ser aplicado aos países que formam os atuais províncias de Argel e Oran, enquanto o segundo foi usado para se referir a qualquer área que está localizado entre o Molounia, o mar, o Atlas e a província de Sous: isto é, o presente reino de Marrocos.” Tradução nossa do Original: “Maghreb, ou, plus grammaticalement, Maghrib, signifie le Court, L'Occident. Chez les historiens arabes, ce mot s'employa d'abord pour désigner l'Afrique septentrionale et l'Espagne; mais, ensuite, ils lui donnèrent une signification plus restreinte en l'appliquant à tout le pays qui s'étend à l'ouest de l'ifrikī. Alors ils introduisirent les dénominations de Maghreb Central (El-Maghrib-el-Aousat) et de Maghreb Ulterior (El-Maghrib-el-Acsa), dont la première s'appliquait aux contrées qui forment les provinces actuelles d'Alger et d'Oran, pendant que la seconde servait à désigner toute région qui est située entre le Molounia, la mer, l'Atlas et la province de Sous: c'est-à-dire le royaume actuel de Maroc.” KHALDOUM, Ibn-. *Histoire des Berberes et des Dynasties Musulmanes de L'Afrique Septentrionale*. Tome Premier. Alger: Imprimerie du Gouvernement. 1852. p. 91.



grande influência no norte do continente - chegando inclusive à Europa, através da península ibérica -, logrando, ao longo dos séculos, a islamização do povo berbere africano.

No entanto, o retrato colonizatório da África passou a ser esculpido, em seus primeiros traços, com a Conferência de Berlim, celebrada em 1885, que partilhou oficialmente todo o continente africano entre as potências colonialistas europeias que encontravam-se ávidas por poder e dominação. Tal Conferência ignorou a composição étnico-cultural dos povos africanos e estabeleceu uma relação de domínio territorial dos colonizadores europeus aos colonizados africanos.<sup>446</sup>

Nos termos da tratativa de Berlim, coube ao Reino da Espanha o domínio sobre o território do atual Saara Ocidental, entre outras regiões da África.<sup>447</sup> Todavia, o esforço colonizatório empreendido pela Espanha havia começado em tempo anterior àquela Convenção: ao longo do ano de 1884, Emilio Bonelli, navegador membro da “Sociedad Española de Africanistas y Colonistas” foi até a Baía do Río de Oro, onde assinou tratados com os povos que habitavam a costa marítima do Saara Ocidental.<sup>448</sup> Estes tratados, posteriormente, constituíram os liames vinculativos do território saarai à Espanha em relação à Convenção de Berlim. Após a divisão colonial da África, o território do então “Sáhara Español”, teve sua base física de influência delimitada através de uma série de tratados pactuados entre França e a Espanha – potências que se avizinhavam também no Magreb. Enquanto esta última exercia timidamente sua política externa em relação àquele continente, a França já mostrava seu desejo de expansão em terras africanas desde Napoleão Bonaparte.<sup>449</sup>

O primeiro tratado concernente ao Saara Ocidental estabelecido entre as potências foi celebrado em Paris em novembro de 1886, delimitando as fronteiras meridionais e orientais daquele território.<sup>450</sup> As demais fronteiras não foram definidas neste primeiro momento. Em uma segunda ocasião, no ano de 1890, em sua capital a França reconhece o domínio espanhol na África Ocidental<sup>451</sup>, fato que serviu para consolidar a presença espanhola

---

<sup>446</sup>NUZZO, Luigi. *Colonial Law* in European History Online. Leibniz Institute of European History. 2012. Disponível em <<http://www.ieg-ego.eu/en/threads/europe-and-the-world/european-overseas-rule/luigi-nuzzo-colonial-law>>, acessado em 26 de maio de 2013.

<sup>447</sup>NANJIRA, Daniel Don. *African Foreign Policy and Diplomacy: from antiquity to the 21<sup>st</sup> century*. Santa Barbara: ABC-CLIO, LLC, 2010. p. 194.

<sup>448</sup>McKENNA, Amy. *The History of Northern Africa*. 1a ed. New York: Britannica Educational Publishing. 2010. p. 167.

<sup>449</sup>MIGUEL, Carlos Ruiz. *El Sahara Occidental y España: Historia, Política y Derecho. Analisis Crítico de La Política Exterior Española*. 1ª ed. Madrid: Dykinson. 1995. p. 51.

<sup>450</sup>Idem. p. 48.

<sup>451</sup>Ibidem.



no continente, em resposta aos também colonos alemães e bretões, que possuíam interesse na região. O terceiro tratado foi firmado, igualmente na capital napoleônica em 03 de outubro de 1904, sendo que nessa ocasião delimitou-se, entre outras tratativas territoriais, a fronteira setentrional do Saara Espanhol. Posteriormente, a 27 de novembro de 1912, as duas potências consentiram em unificar o conteúdo dos três tratados anteriormente pactuados em um único documento qual batizou-se “Convenção de Madrid”.<sup>452</sup> Ao fim e ao cabo, houve outra reunião para reafirmação e a exortação dos tratados das mesmas fronteiras, em período pós Segunda Guerra Mundial, na data de 19 de dezembro de 1956<sup>453</sup>, em que pese o distanciamento político havido entre França e Espanha, durante o governo Franco.

Demarcados povo e território – objetos importantes deste artigo - abrandase a concisão do prisma de análise no que concerne ao período de desenvolvimento da colônia do Saara Espanhol. Esta síntese histórica serve, tão somente, para pontuar os mecanismos ascensores do nacionalismo saarauí respaldados *a posteriori* pela Corte Internacional de Justiça. Tal respaldo constitui o alicerce legal para a existência – ainda que no plano fático - daquele país.

Resguardados, o desenvolvimento trazido pela descoberta espanhola de fosfato na mina de Bucraa, uma das maiores do mundo, cujo potencial estimado chega à cifra de 1 bilhão e 600 milhões de toneladas<sup>454</sup>; o boom econômico comercial experimentado em El Aaiún<sup>455</sup>, e; a sedentarização da população que era majoritariamente autóctone, em suma, modificou a sociedade do Saara Espanhol. Todavia, o fator desenvolvimentista trouxe também certa marginalização da população nativa ante aos muitos emigrados espanhóis, que lá recebiam maior valorização em relação ao desempenho de seu trabalho, que os saarauis.

No plano político, durante a década de 1950, ocorre uma série de insurgências políticas que buscaram a autodeterminação dos povos coloniais da África. São

<sup>452</sup>ARSO – Association de Soutien à un Référendum Libre et Régulier au Sahara Occidental. *A Colonização Europeia*. Disponível em <<http://www.arso.org/hist2-p.htm>>, acessado em 23 de maio de 2013.

<sup>453</sup>MIGUEL. Op. Cit. p. 56.

<sup>454</sup>KOGEL, Jessica E., et. al. *Industrial & Mineral Rocks: Commodities, Markets, and Uses*. 7 ed. Englewood, CO: Society for Mining Metallurgy, 1994. p. 710.

<sup>455</sup>El Aaiún [capital do Saara Ocidental] foi criada em 1934, pelos espanhóis junto a Saguia El Hamra (Rio Vermelho), um cânion seco de aproximadamente 500 metros de largura e que percorre mais de 600 quilômetros ao norte do Saara. El Aaiún significa “os olhos”. Dados sobre a população são raros, mas estima-se que a capital do Saara Ocidental exceda a 183.691 habitantes. (SUZIN, Giovana Moraes; DAUDÉN, Laura. *Nem Paz nem Guerra. Três décadas de guerra no Saara Ocidental*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011. p. 32; ROYAUME DU MARÓC – Haut Commissariat au Plan. *Recensement général de la population et de l'habitat 2004*. Disponível em <[http://www.lavieeco.com/documents\\_officiels/Recensement%20population.pdf](http://www.lavieeco.com/documents_officiels/Recensement%20population.pdf)>, acessado em 26 de maio de 2013).





exemplos magrebinos: a Líbia, que tornou-se independente em 1951<sup>456</sup>, a Tunísia em 1956<sup>457</sup>, mesmo ano que o Marrocos. Este último, após a independência, constituiu seu rei de acordo com o ideário do Partido Nacionalista Marroquino, cuja sigla é ISTIQLAL. Tal partido político foi criado em 1940 pelo escritor político marroquino Muhammad Allal al-Fassi (1910-1974)<sup>458</sup>, com o objetivo precípua de libertar o Marrocos do colonizador francês. Al-Fassi insere a ideologia de unificação do Magreb, através da criação de um “estado” denominado “Grande Marrocos”. A unificação consiste na “tomada” de todas as regiões em que habite o povo berbere para a abrangência do reino marroquino. Miguel Martín *apud* Miguel discorre: “[...] el “Gran Marruecos” comprendería todas las posesiones españolas del Norte de África (Ifni, la región de Villa Bens, todo el Sahara Español, Ceuta, Melilla y los islotes), toda Mauritania, y buena parte de Argelia y de Mali, llegando hasta el Río Senegal”<sup>459</sup>. A inflamação pelo logro da independência fez o Rei marroquino Hassan II assumir em 1961, em um discurso, a ideologia de estabelecimento do Grande Magreb Árabe, sob os auspícios marroquinos<sup>460</sup> e, não obstante, fazer constar do preâmbulo da constituição de 1962 que o Reino do Marrocos “constitui uma parte do Grande Magreb”<sup>461</sup>, todas as posteriores constituições (leia-se 1970, 1972, 1992, 1996 e 2011), contaram com um lastro de alusão ao ideal da unificação do Grande Magreb Árabe Marroquino.<sup>462</sup>

Em 1960 a ONU – Organização das Nações Unidas, em vista do insurgimento das colônias contra seus dominadores, aprovou a Declaração 1514 na XV - Assembleia Geral daquela organização. Trata-se da Declaração sobre a Garantia de Independência dos Países e Povos Coloniais.<sup>463</sup> Tal Declaração consagrou o direito de autodeterminação dos povos e

<sup>456</sup>VANDERWALLE, Dirk. *Libya Since Independence*. Londres : I. B. Tauris & CO. Ltd, 1998. p. 23.

<sup>457</sup>MOORE, Clement Henry. *Tunisia Since Independence. The dynamics of one-party Government*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1965. p. 1.

<sup>458</sup>PILOSOPHERS OF THE ARABS. *Allal al-Fassi*. Disponível em <[http://www.arabphilosophers.com/English/philosophers/modern/modern-names/eAllal\\_al\\_Fassi.htm](http://www.arabphilosophers.com/English/philosophers/modern/modern-names/eAllal_al_Fassi.htm)>, acessado em 26 de maio de 2013.

<sup>459</sup>MIGUEL, Op. Cit. p. 88-89

<sup>460</sup>Idem. p. 122.

<sup>461</sup>“Le Royaume du Maroc, État musulman souverain, dont la langue officielle est l'arabe, constitue une partie du Grand Maghreb.” (DIGITÈQUE DE MATÉRIAUX JURIDIQUES ET POLITIQUES. *Maroc : Constitution du 7 décembre 1962*. Disponível em <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/ma1962.htm>>, acessado em 26 de maio de 2013.

<sup>462</sup>PORTAIL NATIONAL DU MAROC. Disponível em <<http://www.maroc.ma/NR/exeres/FCBECAD-801F-4DD4-ADB7-99108D80E9EC.htm>>, acessado em 26 de maio de 2013.

<sup>463</sup>“Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples.” (ONU – Organização das Nações Unidas. *Resolução da Assembleia Geral 1514 (XV) de 1960*. Disponível em <<http://daccess-ods.un.org/TMP/7846177.81639099.html>>, acessado em 26 de maio de 2013).



considerou qualquer dominação estrangeira uma forma de negação de direitos humanos fundamentais, além de empecilho à paz e à cooperação mundial.<sup>464</sup>

A efervescência nacionalista africana, daquele período, forcejava contra os colonos europeus. Assomada esta, ao respaldo chancelado pela Resolução 1514 (XV) de 1960, tornou a situação algo complicada politicamente. Os colonificados queriam autodeterminar-se e constituir seu próprio país. Unida, então, em prol de sua independência em relação à Espanha, a população saaraui, inflamada pelo furor da conjuntura, funda em 1973 a Frente Popular para a Libertação de Saguia-el-Hamra e Río de Oro (parte setentrional e meridional do atual Saara Ocidental) conhecida como Frente Polisario.<sup>465</sup> Um grupo de ativistas organizados através de um estatuto constitutivo e de uma estrutura política apta a contar com personalidade jurídica, atuando em frentes políticas, militares e diplomáticas, difundida e reconhecida pela população saaraui.

Na década de 70, a Espanha atravessava um período de instabilidade política por conta do estado de saúde periclitante de seu chefe de estado, General Francisco Franco. Por esse motivo, os governos interinos redimensionavam e redirecionavam as ações do estado nas diversas frentes políticas. No que atine à política externa, não obstante posicionar-se comprometida em relação à descolonização do "Saara Espanhol", o reino espanhol atravessava um período de grande instabilidade ideológica no plano interno, que tornava incerto o seu futuro.<sup>466</sup> Aproveitando-se da conjuntura fragilizada, o reino do Marrocos passou a negociar, em número superior a dez ocasiões<sup>467</sup>, uma outorga do poder de administração do Saara Ocidental com os espanhóis. A ofensiva diplomática marroquina tinha forte respaldo militar, pois, o reino passou a realizar incursões militares no território do Saara Espanhol.<sup>468</sup> Tamanho foi o desgaste do embate político desta babel que o Marrocos instou à Corte Internacional de Justiça, durante a Assembleia Geral de 1974, através da Resolução 3292 (XXIX), a produção de um parecer consultivo, indagando sobre ser o Saara Ocidental *terra nullius* quando do início da colonização espanhola. Caso a primeira resposta fosse negativa, deveriam os juízes e conselheiros jurídicos, estabelecer quais vínculos jurídicos existiam entre

---

<sup>464</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2012. p. 95 in Mensagem do Ministro de Estado das Relações Exteriores, Ramiro Saraiva Guerreiro, a propósito do vigésimo aniversário da Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, lida no programa "A Voz do Brasil", em 12 de dezembro de 1980.

<sup>465</sup> SANTAYANA, Mauro. *Dossiê da Guerra do Saara*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987. p. 18.

<sup>466</sup> SUZIN, Giovana. et.al. *Nem Paz Nem Guerra: Três Décadas de Conflito no Saara Ocidental*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial. 2011. p. 61.

<sup>467</sup> MIGUEL. Op. Cit. p. 103.

<sup>468</sup> Idem. p. 141/142.



o território do Saara Ocidental e o Reino do Marrocos e a Mauritânia.<sup>469</sup> Esta última passava a aderir também ao ideal do Grande Magreb Árabe.

A despeito do que foi analisado pela Corte Internacional de Justiça sobre o Saara Ocidental, cujo documento final são doravante examinado neste escrito, a legalidade internacional sofre um golpe. No mesmo dia em que se torna público o parecer consultivo da CIJ, isto é, aos 16 dias de outubro de 1975, o monarca marroquino Hassan II, ao cientificar-se da derrota jurídica sofrida<sup>470</sup>, promove a convocação de uma marcha "pacífica" que reuniu 350.000 pessoas aproximadamente. Esta cruzada ficou conhecida como "Marcha Verde" e levou milhares de pessoas desde o sul do Marrocos, através do deserto, a invadir o território, então "espoliado" do Saara Ocidental.<sup>471</sup> Sabendo da investida territorial marroquina, a cúpula do governo espanhol convoca à Madrid, representantes marroquinos e mauritanos para uma série de negociações. Publicamente, as autoridades espanholas asseguravam que o motivo dessas reuniões seria o de retirar a Marcha Verde.

No entanto, as reuniões culminaram em um acordo em que a Espanha cede a administração do Saara Ocidental ao Marrocos e à Mauritânia.<sup>472</sup> Tal pacto foi celebrado secretamente em 14 de novembro de 1975<sup>473</sup> e ficou conhecido como "Acordo Tripartite ou Acordo de Madrid".<sup>474</sup> Este tratado é considerado por Carlos Ruiz Miguel como "um dos documentos mais infames e com os efeitos mais perniciosos da história da Espanha".<sup>475</sup> Para Mauro Santayana o episódio representa uma das mais terríveis manobras já montadas contra os interesses de um povo.<sup>476</sup> O Conselho de Segurança da ONU através de Resoluções insta à calma e pede parcimônia,<sup>477</sup> além de solicitar a retirada da Marcha Verde.<sup>478</sup>

<sup>469</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. *Resolução 3292 (XXIX) de 1974*. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/71/IMG/NR074371.pdf?OpenElement>>, acessado em 1º de junho de 2013.

<sup>470</sup> ARSO – Association de Soutien à un Référendum Libre et Régulier au Sahara Occidental. *O Acordo de Madrid*. Disponível em <<http://www.arso.org/hist7-p.htm>>, acessado em 02 de junho de 2013.

<sup>471</sup> SUZIN. et. al. Op.Cit. p. 61.

<sup>472</sup> MIYARES, Águeda Mera. Institut de Drets Humans de Catalunya. *El Sáhara Occidental: ¿Un conflicto olvidado?* Disponível em <<http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/SaharaOccidental.pdf>>, acessado em 02 de junho de 2013.

<sup>473</sup> MIGUEL. Op. Cit. p. 199.

<sup>474</sup> SUZIN. et. al. Op. Cit. p. 61.

<sup>475</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz. *Los Acuerdos de Madrid, inmorales, ilegales y politicamente suicidas*. Artigo disponível em <[http://www.ilustracionliberal.com/26/los-acuerdos-de-madrid-inmorales-ilegales-y-politicamente-suicidas-carlos-ruiz-miguel.html#\\_ftnref3](http://www.ilustracionliberal.com/26/los-acuerdos-de-madrid-inmorales-ilegales-y-politicamente-suicidas-carlos-ruiz-miguel.html#_ftnref3)>, acessado em 02 de abril de 2013.

<sup>476</sup> SANTAYANA. Op. Cit. p. 75.

<sup>477</sup> ONU – Organização das Nações. *S/RES/377 (1975). Resolução 377 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/377%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/377%281975%29)>, acessado em 02 de junho de 2013.

<sup>478</sup> ONU – Organização das Nações. *S/RES/379 (1975). Resolução 379 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/379%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/379%281975%29)>, e; *S/RES/380 (1975). Resolução 380 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/380%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/380%281975%29)>, ambos acessados em 02 de junho de 2013.



O anseio incontestado e inalienável de autodeterminação do povo saaraui representado pela Frente Polisario foi traduzido no relatório de uma missão visitadora de observação que a ONU enviou ao Saara no início do ano de 1975, antes da barganha negociada do Tratado de Madrid. Assim que desembarcaram naquele território, os membros da comissão foram recebidos por dezenas de pessoas que carregavam bandeiras da Polisario e não aceitavam a presença espanhola. No relatório final, a ONU afirma que a Frente Polisario é a única representante do povo saaraui.<sup>479</sup>

No ínterim compreendido entre a assinatura do Acordo de Madrid e o empreendimento da Marcha Verde, a Frente Polisario já desatava um confronto bélico lutando por sua independência, contra a potência colonizadora e contra o reino invasor. Em 28 de fevereiro de 1976, último dia de soberania espanhola sobre o Saara Ocidental conforme o texto do Acordo de Madrid, a Frente Polisario proclama a independência da República Árabe Saaraui Democrática (RASD).<sup>480</sup> O governo da RASD possui uma estrutura jurídico-administrativa que se projeta sobre o território internacionalmente reconhecido e a população.<sup>481</sup> Até o mês de março daquele ano a RASD já havia sido reconhecida por nove países, sendo oito africanos.<sup>482</sup> Entretanto, fatos futuros da conjuntura do conflito, quais não nos cabe aqui analisar, obstam, até hoje a efetiva posse da totalidade de seu território. Atualmente, mais de 83 países de todos os continentes já reconhecem a personalidade jurídica internacional da República Árabe Saaraui Democrática. Em linhas gerais, sob a ótica jurídica, o Acordo de Madrid é nulo por violar frontalmente o disposto do artigo 73 da Carta das Nações Unidas que dita regras para a descolonização dos povos coloniais.<sup>483</sup> Além disso, o referido Acordo cinge-se de ilegalidade, ao infringir o disposto do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, vez que a autodeterminação dos povos é uma norma imperativa de Direito Internacional (*ius cogens*) e, portanto, qualquer conflito com esse postulado, torna inválido o tratado, visto que, tais normas imperativas não admitem qualquer tipo de limitação àquele princípio normativo.<sup>484</sup> Ademais, o Acordo de Madrid jamais gozou de validade ou reconhecimento internacional, o que denota a ilegalidade dos atos praticados pelos pactuantes. Tanto o é, que a comunidade internacional nunca reconheceu qualquer

---

<sup>479</sup> SUZIN. et. al. Op. Cit. p. 61.

<sup>480</sup> MIGUEL. Op. Cit. p. 231.

<sup>481</sup> Idem. p. 384.

<sup>482</sup> Ibidem. p. 277.

<sup>483</sup> *Legislação de Direito Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1139/1140.

<sup>484</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 35.



titularidade marroquina sobre o território do Saara Ocidental. A doutrina internacionalista de Hildebrando Accioly pondera tratar-se de “um ilícito internacional” o caso perpetrado no Saara Ocidental.<sup>485</sup>

### **A Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre o Saara Ocidental**

A Resolução 3292 (XXIX) da Assembleia Geral de 1974 formulou as seguintes perguntas para que a Corte Internacional de Justiça examinasse: se, tratava-se o território do Saara Ocidental de *terra nullius* quando do início da colonização espanhola? Caso a primeira resposta fosse negativa, deveriam os juízes e conselheiros jurídicos, esmiuçar quais os vínculos jurídicos existentes entre o território do Saara Ocidental e o Reino do Marrocos e a Mauritânia.<sup>486</sup> O documento em si, traz desde as constatações iniciais, os artifícios empreendidos pelo reino marroquino ao criticar a política de descolonização posta em prática pela Espanha, desde a assunção da Resolução 1514 de 1960 no território do Saara Ocidental. Para o Marrocos, o Saara Ocidental deveria ser reintroduzido à sua “pátria mãe”, da qual foi separado durante o processo de colonificação.<sup>487</sup>

Ao adentrar o *decisium* e passar a tratar do mérito da opinião consultiva, a Corte decidiu que a Espanha estabeleceu seu protetorado sobre o Saara Ocidental desde o ano de 1884, quando foram estabelecidos tratados entre os chefes tribais que lá habitavam. Ora, se lá habitavam tribos, conforme o parecer, não se poderia afirmar que tratava-se de *terra nullius*.<sup>488</sup> Na época da colonificação, o Saara Ocidental foi habitado por povos que, mesmo sendo nômades, eram organizados social e politicamente em tribos e sob o governo de chefes competentes para representá-los. Da mesma forma procedeu-se, nas negociações com a França, no que atine à fixação de limites territoriais. Assim, conclui negativamente a Corte, em relação à primeira pergunta, procedendo, portanto, à análise da segunda questão.<sup>489</sup>

Para examinar os eventuais liames jurídicos que uniam Marrocos ao Saara Ocidental, a CIJ descreve as sociedades nômades que habitavam todo o Magreb, sem

---

<sup>485</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234.

<sup>486</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. *Resolução 3292 (XXIX) de 1974*. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/71/IMG/NR074371.pdf?OpenElement>>, acessado em 1º de junho de 2013.

<sup>487</sup> CIJ – Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Ponto 49. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>>, acessado em 03 de junho de 2013.

<sup>488</sup> CIJ – Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Ponto 80.

<sup>489</sup> Idem. Pontos 81 e 83.



qualquer fixação territorial.<sup>490</sup> Aduz que a contiguidade territorial entre as partes era discutível, em que pesem as alegações marroquinas neste sentido.<sup>491</sup> O Marrocos colaciona, ainda uma série de documentos de atos internos como “prova” de sua soberania sobre o Saara. Após análise, a Corte conclui que nenhum elemento apresentado é hábil para estabelecer qualquer vínculo de soberania territorial entre o Marrocos e o Saara Ocidental. Os elementos não mostram que o Marrocos tenha exercido uma atividade estatal efetiva naquelas paragens. Tão somente, os elementos denotam a submissão de uma minoria tribal ao Rei do Marrocos. No entanto, por tratar-se de uma minoria tribal, dadas as características do povo da região, os vínculos não gozaram de respaldo por parte da CIJ.<sup>492</sup> De qualquer forma, conforme a lógica de Mauro Santayana: “tais laços [de ligações étnico-fronteiriças] existem em todas as fronteiras povoadas do mundo”.<sup>493</sup> O parecer insere que, a despeito desses “certos” vínculos, não houve soberania do Marrocos sobre o Saara Ocidental, e sim, apenas, certa “autoridade” ou “influência” sobre “alguns” nômades saarauis<sup>494</sup> e tais vínculos não mereciam consideração. Neste espectro, figuram principalmente, os votos particulares dos Juízes Gros, Ruda, Petrán, Dillard e Ignacio-Pinto.<sup>495</sup> Em relação aos vínculos eventualmente existentes com a Mauritània, a CIJ decidiu que, se existiam vínculos raciais, linguísticos, religiosos, culturais ou econômicos interpartes, os dados apresentados pela Mauritània revelaram a independência entre sí, e a ausência de instituições ou órgãos que fossem comuns.<sup>496</sup>

A CIJ desautoriza expressamente a postura política sustentada, tanto pelo Marrocos, quanto pela Mauritània. É clara a opinião consultiva, ao observar, que os vínculos eventualmente existentes entre os países, não implicavam nem em soberania territorial, nem co-soberania, nem inclusão em quaisquer das entidades jurídicas.<sup>497</sup>

Sendo assim, a Corte Internacional de Justiça descaracterizou qualquer possibilidade de chancela às alegações marroquino-mauritanas no que concerne a existência de vínculos de soberania daqueles países com o Saara Ocidental. Não obstante, o Tribunal da

---

<sup>490</sup> Ibidem. Pontos 87 a 89.

<sup>491</sup> Ibid. Ponto 92.

<sup>492</sup> Ibid. Pontos 103 a 107.

<sup>493</sup> SANTAYANA. Op. Cit. p. 59.

<sup>494</sup> CIJ – Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Ponto 128.

<sup>495</sup> CIJ – Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Pareceres individuais disponíveis em <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=69&case=61&code=sa&p3=4>>, acessado em 05 de junho de 2013.

<sup>496</sup> CIJ - Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Ponto 149.

<sup>497</sup> CIJ - Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Ponto 158.



Haia ressaltou também que, nos termos da Resolução 3292, as conclusões logradas sobre a natureza dos vínculos jurídicos relativos entre o território, o Reino do Marrocos e a Mauritânia, em nada afetavam, nem modificavam o direito de autodeterminação do povo saarauí.<sup>498</sup>

### **Considerações Finais**

O conflito que se desenvolve no Magreb africano - sobre o qual debruça-se neste escrito -, possui uma característica singular no que atine a sua natureza: resta dormente, pois embora nada contundente e eficaz seja realizado pela comunidade ou pelas instituições internacionais, trata-se o caso, de uma babel jurídica, para a qual o direito internacional tem se apresentado ineficaz. Muito embora as questões, propriamente, relativas ao conflito não sejam o espectro aqui analisado, é bem verdade que ainda se discute se aquele país - titular do inalienável direito a autodeterminação -, resta pendente de descolonização por parte da Espanha nos termos da Resolução 1514 da ONU, cujo texto constitui a luta pela legitimação da liberdade dos povos e que, no entanto, fora vergonhosamente ignorado por aquele país, através do abandono colonial. Ou se, resguardados os danos do abandono colonial, mas reconhecidos e validados os elementos trazidos pela história e pelos demarcadores jurídicos analisados na primeira parte do artigo - dentre os quais, a instituição da República Árabe Saarauí Democrática, reconhecida internacionalmente por 80 países -, assomados aos elementos soberanamente prolatados pela Corte Internacional de Justiça no parecer consultivo sobre o Saara Ocidental de 1975, a comunidade internacional está apta a reconhecer da legitima personalidade jurídica internacional do Saara Ocidental. A resposta causa relativo desconcerto internacional.

A outorga plena de soberania é condição da liberdade dos estados dentro da Comunidade Internacional. Portanto, a soberania de cada estado só é limitada pelos interesses gerais da comunidade, na qual todos os estados são juridicamente iguais. Ao direito de autodeterminação do Saara Ocidental, é pró a opinião consultiva da CIJ e, grande parte do respaldo legal ao qual se prende a existência da RASD está ligada ao referido parecer. Não nos cabe aqui, aquiescer ou discordar. Mas sim, tão somente aguardar por um desfecho justo e pacífico.

---

<sup>498</sup> Idem. Ponto 161.



## Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARSO – Association de Soutien à un Référendum Libre et Régulier au Sahara Occidental. *A Colonização Europeia*. Disponível em <<http://www.arso.org/hist2-p.htm>>.

\_\_\_\_\_. *O Acordo de Madrid*. Disponível em <<http://www.arso.org/hist7-p.htm>>.

DIGITÈQUE DE MATÉRIAUX JURIDIQUES ET POLITIQUES. *Maroc : Constitution du 7 décembre 1962*. Disponível em <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/ma1962.htm>>.

CIJ – Corte Internacional de Justiça. *Western Sahara. Advisory Opinion*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>>.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

KHALDOUM, Ibn-. *Histoire des Berberes et des Dynasties Musulmanes de L’Afrique Septentrionale*. Tome Premier. Alger: Imprimerie du Gouvernement. 1852.

KOGEL, Jessica E., et. al. *Industrial & Mineral Rocks: Commodities, Markets, and Uses*. 7 ed. Englewood, CO: Society for Mining Metallurgy, 1994.

KORMIKIARI, Maria C. N., *Grupos Indígenas Berberes na Antiguidade: a documentação textual e epigráfica*. *Revista de História*. nº 145 (2001) FFLCH/USP.

*Legislação de Direito Internacional*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

McKENNA, Amy. *The History of Northern Africa*. 1a ed. New York: Britannica Educational Publishing. 2010.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *El Sahara Occidental y España: Historia, Política y Derecho. Analisis Crítico de La Política Exterior Española*. 1ª ed. Madrid: Dykinson. 1995.

MIYARES, Águeda Mera. Institut de Drets Humans de Catalunya. *El Sáhara Occidental: ¿Un conflicto olvidado?* Disponível em <<http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/SaharaOccidental.pdf>>.

MOORE, Clement Henry. *Tunisia Since Independence. The dynamics of one-party Government*. Los Angeles: University of California Press, 1965.





NANJIRA, Daniel Don. *African Foreign Policy and Diplomacy: from antiquity to the 21<sup>st</sup> century*. Santa Barbara: ABC-CLIO, LLC, 2010

NUZZO, Luigi. *Colonial Law* in European History Online. Leibniz Institute of European History. Disponível em <<http://www.ieg-ego.eu/en/threads/europe-and-the-world/european-overseas-rule/luigi-nuzzo-colonial-law>>.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Resolução da Assembléia Geral 1514 (XV) de 1960*. Disponível em <<http://daccess-ods.un.org/TMP/7846177.81639099.html>>.

\_\_\_\_\_ *Resolução 3292 (XXIX) de 1974*. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/71/IMG/NR074371.pdf?OpenElement>>.

\_\_\_\_\_ *S/RES/377 (1975). Resolução 377, de 22 de fevereiro de 1975 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/377%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/377%281975%29)>.

\_\_\_\_\_ *S/RES/379 (1975). Resolução 379, de 02 de novembro de 1975 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/379%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/379%281975%29)>.

\_\_\_\_\_ *S/RES/380 (1975). Resolução 380, de 06 de novembro de 1975 do Conselho de Segurança*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/380%281975%29](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/380%281975%29)>.

Philosophers of the Arabs. *Allal al-Fassi*. Disponível em <[http://www.arabphilosophers.com/English/philosophers/modern/modern-names/eAllal\\_al\\_Fassi.htm](http://www.arabphilosophers.com/English/philosophers/modern/modern-names/eAllal_al_Fassi.htm)>.

PORTAIL NATIONAL DU MAROC. Disponível em <<http://www.maroc.ma/NR/exeres/FCBECAD-801F-4DD4-ADB7-99108D80E9EC.htm>>.

ROYAUME DU MAROC – Haut Commissariat au Plan. *Recensement général de la population et de l'habitat 2004*. Disponível em <[http://www.lavieeco.com/documents\\_officiels/Recensement%20population.pdf](http://www.lavieeco.com/documents_officiels/Recensement%20population.pdf)>.

SANTAYANA, Mauro. *Dossiê da Guerra do Saara*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

SUZIN, Giovana Moraes; DAUDÉN, Laura. *Nem Paz nem Guerra. Três décadas de guerra no Saara Ocidental*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2012.

VANDERWALLE, Dirk. *Libya Since Independence*. Londres : I. B. Tauris & CO. Ltd, 1998.



## A CÂMARA PARA QUESTÕES AMBIENTAIS E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA COMO JURISDIÇÃO PARA O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Mariana Clara de Andrade<sup>499</sup>

**Resumo:** O presente artigo parte dos advenços da criação (1993) e posterior inativação (2006) da Câmara Especial para Questões Ambientais da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Diante desses acontecimentos, o escopo deste artigo é esclarecer os motivos que levaram a Corte a não mais reconstituir o corpo de juízes que compunha a referida câmara, que não recebeu nenhum caso para a sua apreciação ao longo desses treze anos. Tal elucidação é buscada, inicialmente, na análise histórica, em 1993 e 2006, do discurso da proteção ambiental na comunidade internacional, que denuncia uma mudança significativa de contexto quando dos dois eventos. Em segundo lugar, examina-se as previsões estatutárias para a criação de câmaras especiais dentro da CIJ, o que leva a uma melhor compreensão da dimensão procedimental da questão. Conclui-se, por fim, que a câmara foi criada a partir de um momento específico em que o discurso da proteção ao meio ambiente estava em seu auge, como forma de afirmação daquela Corte perante a ameaça da proliferação de tribunais internacionais. Ainda, confirma-se que o procedimento da câmara especial não apresenta vantagens suficientes para que os Estados deixem de mandar casos envolvendo questões ambientais ao plenário da Corte para enviá-los ao sistema cameral.

**Palavras-Chave:** Câmara Especial para Questões Ambientais; Corte Internacional de Justiça, Direito Internacional Ambiental; Câmaras na CIJ

**Abstract:** The present article takes the advents of the creation (1993) and later discontinuation (2006) of the Chamber for Environmental Matters of the International Court of Justice (ICJ) as a starting point. Considering these events, the objective is to understand the reasons that led the Court not to reconstitute the bench of judges which composed the referred chamber, which had not received a single case for its appreciation throughout those thirteen years. Such comprehension is sought initially in the historic analysis, in 1993 and 2003, of the environmental protection discourse within the international community, which denounces a significant change of context as of the two moments. After that, it is examined the statutory provisions for the creation of special chambers in the ICJ, in order to better understand the procedural dimension of the issue. As a conclusion, it is observed that the chamber was created within a specific context in which the discourse of the environmental protection was in its prime, as a manner of the Court to reaffirm itself before the threat of the proliferation of international tribunals. Also, it is confirmed that the procedure of the special chamber does not offer enough advantages for the States to submit cases to the special chamber instead of submitting them to the full Court.

**Keywords:** Special Chamber for Environmental Matters; International Court of Justice; International Environmental Law; Chambers in the ICJ

---

<sup>499</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do grupo de pesquisa em Direito Internacional Ius Gentium (UFSC/CNPq).



## 1. INTRODUÇÃO

A Corte Internacional de Justiça (doravante, CIJ), principal órgão judiciário das Nações Unidas, tem reconhecida influência no desenvolvimento e na consolidação dos princípios do Direito Internacional e em áreas subjacentes – Malgosia Fitzmaurice, ao tratar do tema, afirma que “não há dúvida ter a CIJ contribuído para o progressivo desenvolvimento do direito internacional em outros campos”<sup>500</sup>. Dentre tais *outros campos*, afigura-se o Direito Internacional do Meio Ambiente, na medida em que é um tópico em constante discussão no cenário global hodiernamente, e cujas bases estão ainda lentamente sendo moldadas pela comunidade internacional, trazendo reflexos diretos para a regulamentação e aplicação da matéria.<sup>501</sup>

Exemplo desses reflexos foi a criação da Câmara Especial para questões ambientais pela Corte Internacional de Justiça – a Corte, em comunicado proferido em 1993, entendeu que o espaço que o Direito Internacional Ambiental ganhara no cenário e na jurisprudência da Corte nas décadas anteriores<sup>502</sup> ensejara a criação de um órgão específico para tratar de casos concernentes a esse tema. No entanto, após 13 anos sem receber nenhum caso para sua apreciação, a Câmara foi desativada.

A partir disso, o objetivo do presente trabalho é analisar tais fatos - quais sejam, a criação e a posterior inativação da câmara ambiental da CIJ – e, assim, entender os motivos que levaram ao insucesso da ideia, que de início havia sido tão celebrada. Além disso, busca-se apreender qual o significado desse movimento da CIJ no contexto internacional. Entende-se que, para uma aprofundada compreensão

---

<sup>500</sup> No original: “With regard to the substantive issues, there is no doubt that the ICJ has contributed to the progressive development of international law in other fields. Several judgments, and in particular Advisory Opinions, have constituted hallmarks in the shaping of international law”. A autora faz referência a Sir Robert Jennings, antigo juiz da CIJ, que afirma que os precedentes da Corte têm força inclusive na construção do direito costumeiro internacional. FITZMAURICE, 1996, p. 294. Ver ainda, sobre o tema: LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

<sup>501</sup> Sobre o tema, ver SANDS, 2003, pp. 3-4.

<sup>502</sup> A CIJ refere-se particularmente ao *Caso Concernente a Certas Terras de Fosfato em Nauru* e ao *Caso Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, no momento logo posterior à Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ECO-92, no Rio de Janeiro.



desses eventos, é necessário iniciar por um estudo da conjuntura histórico-política em que eles ocorreram.

Também é de suma importância que se estude o aparato legal que embasou a decisão da Corte em criar essa câmara, pois, como se verá, o mesmo argumento que foi utilizado para o seu estabelecimento foi usado, de forma reversa, para a sua inativação.

Por fim, a partir desses elementos, busca-se levantar os possíveis motivos que fizeram com que a câmara ambiental deixasse de funcionar, sem inclusive ter recebido nenhum caso para sua apreciação. Por outro lado, este trabalho demonstrará ainda que esse insucesso não restou, contudo, completamente desprovido de repercussões para as discussões teóricas sobre o ramo ambiental no Direito Internacional.

## **2. O DISCURSO INTERNACIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL QUANDO DA CRIAÇÃO DA CÂMARA AMBIENTAL**

Conforme já ressaltado na seção introdutória deste trabalho, ter em mente os fenômenos que ocorriam no momento da criação e naquele da extinção da câmara ambiental é fundamental para a compreensão histórico-política das referidas manifestações da CIJ. Portanto, é de se fazer um breve estudo sobre o contexto em que a matéria do Direito Internacional Ambiental se encontrava quando dos dois momentos.

Na segunda metade do século XX, começa-se a reconhecer a existência de uma crise no sistema produtivo capitalista em relação à disponibilidade de recursos naturais, intensificando e dando voz aos discursos ambientalistas ao redor do mundo, além de ser reconhecido o caráter transfronteiriço, quando não universal, dos impactos ambientais. Paralelamente, a criação da ONU (1945) teve papel decisivo para essa crescente sensibilidade através da promoção de algumas conferências internacionais concernentes à questão, tendo referida organização promovido a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo (1972).

Já em 1992 teve lugar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Brasil: a ECO-92. Esse evento representa um grande



marco na consolidação de normas e princípios a regulamentar a questão da proteção internacional do meio ambiente, e foi finalizado com a criação de dois documentos principais: a sua Declaração e a Agenda 21. A Declaração do Rio retoma o já estabelecido pela Declaração de Estocolmo, e reúne as noções de economia e proteção ambiental para a construção da concepção de desenvolvimento sustentável. Mais específica que a sua precedente, a Declaração do Rio foi a base para a construção jurisprudencial em matéria ambiental que viria nos anos a se seguir.<sup>503</sup>

Por fim, o atual movimento dentro da sistemática da proteção global do meio ambiente está deixando de ser a adoção de padrões normativos meramente indicativos para se tornar a adoção de mecanismos efetivamente vinculantes.<sup>504</sup>

De todo modo, o objetivo dessa explanação é elucidar o sentimento que permeava a comunidade internacional, assim como a própria ONU, no exato momento da criação da Câmara Especial para questões ambientais, em 1993, pela CIJ. Evidente que a conjuntura política internacional, no auge da discussão acerca da necessidade de proteção ambiental, foi um fator extremamente influente para a decisão da Corte em se criar um órgão especializado nessa matéria.

### **3. A CRIAÇÃO DA CÂMARA AMBIENTAL E O ESTATUTO DA CIJ**

Em julho de 1993, a Corte Internacional de Justiça anunciou oficialmente o estabelecimento de uma Câmara Especial para tratar especificamente de questões ambientais<sup>505</sup>. Atribui-se tal acontecimento à já tratada crescente preocupação com questões ambientais dentro da comunidade internacional, impulsionada especialmente pela Convenção ECO-92. Palchetti considera ainda que outro fator que levou a mencionado acontecimento foi a preocupação com a proliferação de tribunais internacionais à época<sup>506</sup>. No comunicado 93/20, em que a CIJ oficializa a criação da Câmara Especial, explica-se que, muito embora já houvesse um pronunciamento anterior julgando a desnecessidade da criação de uma câmara

---

<sup>503</sup> SANDS, 2003, pp. 54-57.

<sup>504</sup> SANDS, 2003, p. 40.

<sup>505</sup> Communiqué 93/20, de 19 de julho de 1993.

<sup>506</sup> PALCHETTI, 2012, p. 491.



especial para questões ambientais, devido à possibilidade do estabelecimento de uma câmara *ad hoc* (art. 26, 2 do Estatuto da CIJ), o entendimento tornou-se diverso:

levando em conta os fatos do desenrolar dos últimos anos dentro do campo do direito e da proteção do meio ambiente, e considerando que ela deve estar pronta, tanto quanto possível, para tratar de todas as questões ambientais relevantes dentro da sua jurisdição, a Corte decide ser neste momento oportuno estabelecer uma câmara para questões do meio ambiente (...).<sup>507</sup>

Assim, a Corte deixa claro que a crescente discussão da matéria em âmbito internacional teve repercussão direta em sua organização interna, bem como em suas normas procedimentais.

Um especial grifo merece a expressão “decide ser *neste momento oportuno*”, crucial para o melhor entendimento dos motivos que levaram tanto à criação quanto à extinção da câmara em estudo. Segundo o juiz *ad hoc* Sir Geoffrey Palmer, o estabelecimento da câmara se deu “após a conferência do Rio, e talvez justamente por sua causa”<sup>508</sup>.

A criação de Câmaras dentro da jurisdição da própria CIJ é um mecanismo previsto pelo artigo 26 de seu Estatuto, nos seguintes termos:

**Artigo 26**

1. A Corte poderá periodicamente formar uma ou mais câmaras, compostas por três ou mais juizes, conforme o mesmo determinar, a fim de tratar de questões de carácter especial, como, por exemplo, questões de trabalho e assuntos referentes a trânsito e comunicações.
2. A Corte poderá, em qualquer momento, formar uma câmara para tratar de uma determinada causa. O número de juizes que constituirão essa câmara será determinado pela Corte com a aprovação das partes.<sup>509</sup>

Percebe-se que, no art. 26, há previsão para dois tipos de câmaras (além das de procedimento sumário posteriormente estabelecidas pelo art. 29): a primeira, destinada a “tratar de questões de carácter especial”, e a segunda, “tratar de uma determinada causa”, denominada de *ad hoc*. Portanto, o parágrafo (1) está ligado

---

<sup>507</sup> Do original: “Compte tenu des faits qui se sont produits au cours de ces dernières années dans le domaine du droit et de la protection de l'environnement, et considérant qu'elle devrait être prête dans toute la mesure du possible à traiter de toute affaire d'environnement relevant de sa juridiction, la Cour juge maintenant opportun d'établir une chambre pour les questions d'environnement (...)", disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7570>>. Acesso em 07/05/2013.

<sup>508</sup> PALMER, 1974, P. 124. No original: “Indeed, following Rio and perhaps because of it, this Court on 6 August 1993 exercising its powers under Article 26 of the Statute of the International Court of Justice set up a Chamber of seven Judges to deal with environmental matters”.

<sup>509</sup> Disponível em: <<http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/CIJ%20-%20Estatuto.pdf>>. Acesso em 09/05/2013.



diretamente à insurgência de campos especiais do direito internacional – seria uma especialização *ratione materiae*. Embora indique dois exemplos desse campo, a provisão é clara em estabelecer que tal rol é meramente exemplificativo.

Conclui-se, portanto, que o estabelecimento de uma Câmara especial para questões ambientais estaria embasado a partir do disposto no art. 26 (1) do Estatuto, e tal conclusão pode ser corroborada diante do comunicado 93/20 da CIJ, que constituiu a referida Câmara em 1993. É importante frisar que os parágrafos 1 e 2 do mesmo artigo não se confundem – inclusive porque a própria CIJ indica a dicotomia entre os dois tipos no já mencionado comunicado.

Diante dessa dicotomia, delinea-se brevemente a diferença entre as duas previsões. Uma significativa distinção entre os dois tipos, que inclusive pode interferir no interesse das partes em recorrer a uma ou outra câmara, é a composição dos juízes. O art. 26, (2) esclarece que o número dos juízes deve ser aprovado pelas partes, muito embora elas não determinem quem sejam os juízes a compor tal número. A Corte, no entanto, deve levar em consideração o interesse dos litigantes quando da escolha dos membros<sup>510</sup>. Já as câmaras especiais do art. 26, (1), inclusive devido a seu caráter permanente, não oferecem essa possibilidade. A diferença essencial entre os dois tipos permanece, contudo, no caráter *ratione materiae* da Câmara. Em resumo, em matéria ambiental, por exemplo, seria um diferencial de possível interesse das partes que os juízes componentes da Câmara tivessem um maior conhecimento da área de Direito Internacional Ambiental, que, como se sabe, envolve conhecimentos específicos de diversas naturezas. Esse ponto é interessante quando se considera que questões ambientais normalmente vão muito além do simples conhecimento de normas de direito internacional – muitas vezes, envolvem informações técnicas acerca do impacto ambiental em questão, e inclusive as informações dadas pelas partes litigantes podem ser contraditórias. Isso aponta para a necessidade de juízes que tenham o máximo de conhecimento nessas áreas quanto

---

<sup>510</sup> PALCHETTI, 2011, p. 493. Ainda, o artigo 17, (2) das Regras da Corte estabelece: “*When the parties have agreed, the President shall ascertain their views regarding the composition of the Chamber, and shall report to the Court accordingly. He shall also take such steps as may be necessary to give effect to the provisions of Article 31, paragraph 4, of the Statute*”. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>>. Acesso em 01/06/2013.



possível, podendo inclusive fazer uso de técnicos que ajudem a interpretar tais informações<sup>511</sup>.

É de se ressaltar o entusiasmo dos autores quando tratavam do acontecimento no período imediatamente subsequente ao comunicado da Corte<sup>512</sup>. No entanto, em 2006, diante dos 13 anos de inatividade da Câmara, a CIJ decidiu não mais reconstituir o quadro de juízes que a compunham. Mesmo diante de casos que envolviam diretamente questões ambientais como o *Projeto Gabčíkovo-Magymaros* (Hungria v. Eslováquia) e o *Papeleiras* (Argentina v. Uruguai), julgados pela Corte após a criação da Câmara (1997 e 2010, respectivamente), os Estados preferiram submeter tais litígios ao plenário da Corte, e não a um corpo de juízes que estaria especialmente preparado para tratar de questões ambientais. E, para subsidiar tal decisão, a Corte considerou que, caso os Estados desejassem uma câmara especialmente para tratar algum caso que envolvesse matéria ambiental, poderiam valer-se das câmaras *ad hoc* previstas no art. 26, (2). Ou seja, o discurso para o encerramento da ideia foi o exato reverso do discurso que a CIJ havia tomado por base quando do estabelecimento da Câmara pelo Comunicado 93/20<sup>513</sup>.

#### 4. RAZÕES PARA O DESLIGAMENTO DA CÂMARA ESPECIAL PARA QUESTÕES AMBIENTAIS

A decisão da CIJ em não mais eleger os juízes para compor a câmara ambiental, embora não tenha lhe imposto um fim formalmente definitivo, significou o fim – e também o fracasso – da ideia, especialmente quando se considera que nenhum caso lhe foi submetido, ainda que casos que envolviam questões ambientais estavam sob a apreciação do plenário da Corte. A então presidente da CIJ, juíza Rosalyn Higgins,

---

<sup>511</sup> Conforme é previsto no artigo 50 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte poderá, a qualquer momento, comissão qualquer indivíduo, entidade, negociado, comissão ou outro organismo que ela escolha, para que haja uma investigação ou se emita uma opinião formal de perícia”. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji\\_cortes\\_internacionais/cij-estat\\_corte\\_intern\\_just.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cij-estat_corte_intern_just.pdf)>. Acesso em 01/06/2013.

<sup>512</sup> FITZMAURICE, 1996, p. 305. O autor considera que a criação da câmara ambiental “may well be regarded as the most important development in the ICJ concerning the environment, rendering it fully prepared to deal with all kinds of environmental matters which may come before it”.

<sup>513</sup> Esse entendimento pode ser encontrado no proferimento da então presidente da CIJ Rosalyn Higgins. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=1874&search=%22congo%22>>. Acesso em 07/05/2013.





em pronunciamento em nome da Corte acerca de sua atividade judicial em 2006, tratou brevemente do assunto, afirmando apenas que se nota que os Estados não veem o Direito Ambiental como uma matéria à parte do Direito Internacional, mais sim integrando-o como um todo. Preferem, portanto, que ele não seja compartimentalizado em uma Câmara própria e, caso vislumbrassem a necessidade de tratar do caso em um procedimento especial, poderiam recorrer ao sistema *camera*<sup>514</sup>.

Desta forma, o primeiro tópico (e, portanto, o primeiro motivo que levou à inativação da corte) a ser abordado é a impossibilidade de se separar o Direito Internacional Ambiental de outras matérias do Direito Internacional, e do Direito Internacional como um todo. A própria jurisprudência da Corte comprova que casos que envolvem questões de meio ambiente também envolvem questões econômicas, de interpretação de tratados, conflitos territoriais, entre outros temas<sup>515</sup>. Não parece ser possível que se dê prioridade a uma abordagem ambiental em casos com uma relação tão vasta de temas a serem apreciados pelos juízes, e com diversos outros princípios e normas de direito internacional a serem atentados.

É interessante notar ainda que a decisão em não reconstituir o corpo de juízes da Câmara se deu em 2006, alguns anos após a conferência da ONU de Johannesburgo, em 2002. Essa conferência foi marcada em celebração ao aniversário de 10 anos da Rio-92 – no entanto, o clima na comunidade internacional, apenas 10 anos depois e apesar de todas as mudanças que aquela conferência ensejou, era completamente diferente. Basta notar o nome da Conferência da ONU em Joanesburgo: *Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável*, que, diferentemente das duas outras conferências anteriores, não fala em meio ambiente. Ora, se dez anos depois da Rio-92 o sentimento já era esse, não podia ser distinta a situação em 2006, quando a Corte deixou de ser reconstituída.

---

<sup>514</sup> Assim foi proferido: “A survey of State practice suggests that States prefer environmental law not to be compartmentalized, but to find its place within international law as a whole. Indeed, environmental law has now become an important part of what we may term the mainstream of international law. Accordingly, this year the Court decided not to hold elections for a Bench for the Chamber for Environmental Matters. At the same time, should parties in future cases request a chamber for a dispute involving environmental law, such a chamber could be constituted under Article 26, paragraph 2, of the Statute of the Court”. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=1874&search=%22congo%22>>. Acesso em 07/05/2013.

<sup>515</sup> A título exemplificativo, o caso Gabčíkovo–Nagymaros tratou de outras questões de direito internacional público, como descumprimento de tratados, sucessão de Estados e delimitação territorial.



No que concerne à criação da câmara ambiental como uma forma de a CIJ garantir espaço no cenário internacional como jurisdição imponente, Palchetti entende que a situação, na atualidade, é bastante diferente, e remete às palavras da juíza Higgins em seu pronunciamento de 2006, quando ela afirma que as preocupações com a fragmentação de jurisdições internacionais “não se provaram significativas. (...) O peso de autoridade dos julgamentos da CIJ é amplamente reconhecido”<sup>516</sup>. Se o receio de que se criasse um Tribunal Internacional específico para matéria ambiental e a “competição” com outros tribunais já existentes como o Tribunal do Mar foi um fator para a criação da câmara ambiental, a constatação, pela Corte, de que esse mesmo fator era inválido também é mais um motivo a ser levantado como causa para o fracasso da câmara especial para questões ambientais.

Há, por fim, a questão procedimental como um todo. A grande vantagem em se recorrer à Câmara especial em relação à apreciação do plenário da CIJ era, em tese, a especialização dessa câmara por juízes com mais experiência na matéria. No entanto, como Palchetti bem coloca, os membros da Câmara também estão, obviamente, presentes no plenário da Corte.<sup>517</sup> Assim, mesmo que de fato haja uma especialização dos membros quanto à matéria a ser tratada pela Câmara especial, esses mesmos juízes estariam presentes, de qualquer forma, se o caso fosse submetido ao plenário da Corte.

Não se pode deixar de analisar, ainda, a possibilidade de casos que envolvam matéria ambiental serem, por requisição das partes, submetidos a uma câmara *ad hoc*, ao invés de uma especial permanente, já que é essa a comparação que tanto a doutrina como a própria Corte faz ao tratar do assunto. Resta claro, a partir do que já previamente exposto, que há grandes vantagens em se recorrer à composição *ad hoc*, na medida em que as partes têm influência na escolha dos juízes que a compõem. Dessa forma, se a questão é a especialização dos juízes, as partes podem,

---

<sup>516</sup> No pronunciamento original: “This growth in the number of new courts and tribunals has generated a certain concern about the potential for a lack of consistency in the enunciation of legal norms and the attendant risk of fragmentation. Yet these concerns have not proved significant. The general picture has been one of these courts seeing the necessity of locating themselves within the embrace of general international law. The authoritative nature of ICJ judgments is widely acknowledged”. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?\\_p1=6&p2=1&pr=1874&search=%22congo%22](http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?_p1=6&p2=1&pr=1874&search=%22congo%22)>. Acesso em 07/05/2013.

<sup>517</sup> PALCHETTI, 2011, p. 493.



quando requerem uma câmara provisória para tratar de seu caso, também indicar seu interesse em ter juízes que tenham algum conhecimento ou experiência maior na área

Além de tudo isso, imaginava-se que o procedimento também seria mais célere, embora praticamente o mesmo. No entanto, não foi isso que se constatou com a prática: Valencia-Ospina considera que não se pode levantar o argumento de que uma câmara com menos juízes resultará em um procedimento mais rápido, porque mais simples<sup>518</sup>. Nesse sentido, Pellet nota que o procedimento cameral, de um modo geral, só teria eficácia de fato se houvesse diversas câmaras funcionando ao mesmo tempo<sup>519</sup>.

Denota-se, portanto, que, apesar de todas as expectativas que foram criadas quanto à câmara no momento de sua criação, não são poucos os fatores que explicam a sua inatividade. Também, diante desses argumentos, não parece que a aceitação dos Estados em submeter seus casos a um órgão nesses termos mudará.

## 5. CONCLUSÕES

A primeira constatação a ser feita a partir do estudo acima exposto é a de que o discurso da importância da proteção do meio ambiente foi usado, em grande parte, como forma de legitimação da CIJ perante a comunidade internacional, a) na expectativa de reforçar seu papel em detrimento de outras jurisdições e b) aproveitando-se do momento em que o discurso ambientalista estava no coração do debate. Pode-se verificar, nesta linha de pensar, que a tutela ambiental não mais era argumento para a necessidade de uma câmara em 2006.

Apesar do já mencionado insucesso da Câmara Especial para questões ambientais criada pela CIJ, e da vastidão dos motivos enumerados os quais podem explicar esse desenrolar, não se descarta o entendimento de que, conforme anotado pelo juiz Singh, uma câmara ambiental seria um mecanismo eficaz para a

---

<sup>518</sup> VALENCIA-OSPINA, 1996, pp. 508-509;

<sup>519</sup> Alain Pellet escreve, após analisar brevemente o assunto: “In fact, recourse to chambers could only have real advantages in terms of lightening the full Court's work load if several chambers could function at the same time and if the Registry had at its disposal the human and financial means for this”. (PELLET, 2006, p. 112).



sedimentação jurisprudencial da matéria e afirmação das normas de Direito Internacional Ambiental.

Tanto é significativo o debate acerca de uma jurisdição especial ambiental que ainda na contemporaneidade se discute a possibilidade de criação de um Tribunal para Questões Ambientais, tema que, embora sem muito reforço por parte dos internacionalistas, é suscitado em convenções internacionais como a Rio+20<sup>520</sup>. De todo modo, essa última ideia parece ainda mais remota, e alguns dos motivos de seu descarte são os mesmos apontados para a inatividade da câmara especial da CIJ, como a impossibilidade de fragmentar o Direito Ambiental enquanto uma matéria independente.

A Corte Internacional de Justiça, de fato, não dispõe da melhor base procedimental para apreciar questões de cunho ambiental, seja por não lhes dar necessária ênfase aos princípios ambientais, seja por não serem seus juízes conhecedores na matéria conforme é necessário, seja por restringir a sua acessibilidade aos Estados, sujeitos clássicos de Direito Internacional. A criação de uma câmara especial para esse propósito pareceu ser uma forma de mitigar tais problemas – Valencia-Ospina, em 1996, afirmou que “a câmara pode ser um órgão permanente não apenas para a resolução de disputas particulares, mas também para o desenvolvimento coerente de princípios gerais do direito e normas que guiarão os Estados em sua futura codificações no esforço de combater um crescente problema global”<sup>521</sup>. Não foi o que se verificou, e tal movimento, na realidade, tem sido realizado pela própria CIJ, por ser ela, atualmente, pela abrangência de matérias e pelo prestígio internacional com que conta o órgão mais apto a tratar do assunto.

No entanto, o debate acerca de como aperfeiçoar a apreciação de questões ambientais no cenário internacional, questões essas que têm crescentemente sido objeto de litígios interestatais, não deve ser negligenciado. Assim como foram reconhecidas as restrições da câmara ambiental, são reconhecidas as restrições da CIJ quanto ao tema em comento. Ocorre que o interesse dos Estados em tratar dos litígios por um viés essencialmente ambiental pode ser limitado por seus

---

<sup>520</sup> Sobre o assunto, ver: HEY, Ellen. **Reflections on an international environmental court**. Haia: Springer, 2000; HINDE, Susan. **The International Environmental Court: Its Broad Jurisdiction as a Possible Fatal Law**, 32 Hofstra Law Review. Vol. 32:727, 2003.

<sup>521</sup> VALENCIA-OSPINA, 1996, p. 527.



demais interesses políticos, e, assim, não há atrativo procedimental que modifique o interesse estatal.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto*. 1945. Disponível em <[http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji\\_cortes\\_internacionais/cij-estat.\\_corte\\_intern.\\_just.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cij-estat._corte_intern._just.pdf)>. Acesso em 04 de maio de 2013.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Communiqué 93/20*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/presscom/files/6/10306.pdf?PHPSESSID=5c407>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

COUTASSE, Juan Guillermo Sandoval; SWEENEY-SAMUELSON, Emily. *Adjudicating Conflicts Over Resources: The ICJ's Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case*. Goettingen Journal of International Law, Vol. 3, nº 1, 2011, pp.417-441.

FITZMAURICE, Malgosia. *Environmental protection and the International Court of Justice*. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. Fifty years of the International Court of Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. pp. 293-315.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=135>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=naus&case=80>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Dissenting Opinion of Judge Sir Geoffrey Palmer*. 1974. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7571.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?1=3&p2=3&code=hs&case=92&k>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15879.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President Of The International Court Of Justice, To The General Assembly Of The United Nations*. Press Releases, 26 October 2006. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=1874&search=%22congo%22>>. Acesso em 20 de maio de 2013.



JENNINGS, Sir Robert. *The role of the ICJ in the development of International Environment Protection Law*. 1992. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9388.1992.tb00042.x/abstract>>. Acesso em: 18 maio 2013.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Brill Academic Publishers, Inc, 2007.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

ODA, Shigeru. *Further Thoughts on the Chambers Procedure of the International Court of Justice*. In: *The American Journal of International Law*, Vol. 82, No. 3 (Jul., 1988), pp. 556-562. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2202964>>. Acesso em: 18 maio 2013.

PELLET, Alain. *Remarks on proceedings before the International Court of Justice*. 2006. pp. 96-118. Disponível em: <<http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202006%20-%20Remarks%20on%20Proceedings%20Before%20the%20ICJ.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2013.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2006.

RANJEVA, Raymond. *L'environnement, la Cour internationale de Justice et la Chambre spéciale pour les questions de l'environnement*. In: *Annuaire français de droit international*, volume 40, 1994. pp. 433-441. Disponível em: <[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_1994\\_num\\_40\\_1\\_3201](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1994_num_40_1_3201)>. Acesso em 20 de maio de 2013.

SANDS, Phillippe. *Litigating environmental disputes: courts, tribunals and the progressive development of international environmental law*. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Principles of International Environmental Law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

STEPHENS, Tim. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.



VALENCIA-OSPINA, Eduardo. *The use of Chambers of the International of Court of Justice*. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. *Fifty years of the International Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. pp. 528-540.

VINUALES, Jorge E.. *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment*. 2008. Disponível em: <[http://works.bepress.com/jorge\\_vinuales/2/](http://works.bepress.com/jorge_vinuales/2/)>. Acesso em: 18 abril de 2013.



## BREVE INTRODUÇÃO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AO CASO

### ARAGUAIA

Gabriela Natacha Bechara<sup>522</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo abordar brevemente algumas questões relativas à ditadura militar no Brasil, período que durou 21 anos e no qual agentes políticos, em nome da segurança nacional, cometeram inúmeros crimes como assassinatos, prisões indiscriminadas, torturas, estupros e desaparecimentos forçados. É nesse período de violação aos direitos humanos que surgem algumas iniciativas de resistência. Obedecendo ao escopo deste trabalho, procura-se dar um maior enfoque ao surgimento das guerrilhas, movimentos que opuseram resistência armada ao regime e foram completamente aniquiladas pelas forças militares da época. Nesse sentido, procura-se analisar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que através da Corte Interamericana vem consolidando posicionamento contrário acerca das leis de auto-anistia de diversos países latino-americanos. Finalizando o artigo, passa-se a uma sucinta análise da decisão da Corte com relação ao caso Júlia Gomes Lund e outros versus Brasil, conhecido como Caso da Guerrilha do Araguaia e suas possíveis consequências na temática da anistia no Brasil.

**Palavras-chave:** Ditadura Militar. Guerrilhas. Guerrilha do Araguaia. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Corte Internacional dos Direitos Humanos. Anistia

**Abstract:** This article aims to address some issues related to the military dictatorship in Brazil, a period that lasted 21 years and in which the military forces, in the name of national security, committed numerous crimes such as murder, arbitrary arrests, tortures, rapes and forced disappearances. It is in this time of human rights violations that arises some resistance initiatives. In accordance to the scope of this paper, it's pursued to highlight the origin of the guerrillas, movements which pitted armed resistance against the dictatorship and were completely annihilated by the military forces. In this context, we seek to briefly analyze the Inter-American System of Human Rights Protection and the consolidated jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning the amnesty laws of several Latin American countries. Finally, this article mentions the Court's decision regarding the case Julia Gomes Lund

---

<sup>522</sup> Mestranda do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), com pesquisas na área de Direitos Humanos, Ditadura Militar, Justiça de Transição e Corte Interamericana de Direitos Humanos.





and others v. Brazil, better known as the Araguaia Guerrilla case and the possible aftermath on Brazil's amnesty subject.

**Keywords:** Military Dictatorship. Guerrillas. Araguaia Guerrilla. Inter-American System of Human Rights Protection. Inter-American Court of Human Rights. Amnesty.

## 1. Introdução

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo viu nascer um outro conflito, não armado, mas de características econômicas, políticas e ideológicas, denominado de Guerra Fria. Esse 'conflito' dividiu o mundo em dois grandes blocos e suas respectivas áreas de influência, sendo liderados pela Rússia e pelos Estados Unidos da América do Norte.

A partir da Revolução Cubana (1951) os Estados Unidos passa a interferir direta e indiretamente nas políticas internas dos países latino-americanos. O objetivo era manter sua predominância na região, contendo, por consequência, um possível avanço comunista na América do Sul. Assim, inúmeros países latinos veem-se assolados pela deflagração de golpes militares, que dentro de uma perspectiva liberal e de direita instalaram doutrinas de segurança nacional, "salvando" seus países da Onda Vermelha que ameaçava se espalhar pelo continente.

As forças armadas, em nome da segurança nacional e proteção da sociedade frente ao estabelecimento de um suposto comunismo, passam a caracterizar como subversivos determinados segmentos da sociedade. Inseridos na lógica repressora, os militares estabelecem política de eliminação de qualquer ameaça ao regime, seja ela real ou imaginária. Pessoas de todas as classes e credos foram mortos, sequestrados, presos, torturados. Inúmeros "desapareceram". Os direitos humanos foram sistematicamente violados em seus mais básicos aspectos. Ainda, em contrapartida as atrocidades cometidas, surgiram ensaios de uma resistência política, cultural, armada. Todas rechaçadas pelos militares.

Com o passar dos anos, as mudanças políticas, sociais e econômicas que foram acontecendo deram ensejo a uma nova configuração de forças, o que acabou por proporcionar a queda dos regimes e a retomada da democracia nos países latino-americanos. Assim, com a queda dos regimes, o desafio passa a ser o da retomada da democracia e do Estado de Direito, que necessariamente perpassa a discussão acerca do legado de violência e desrespeito aos direitos humanos deixados pelos regimes. Essa discussão se deu em diferentes contextos, épocas e formas. Não obstante, a jurisprudência da Corte Interamericana tem firmado posicionamento



acerca das leis de auto-anistia e com relações as violações aos direitos humanos ocorridos nos períodos de ditatoriais.

Dentro desse escopo, o presente artigo procura analisar, ainda que de forma não exaustiva, a competência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para julgar o caso das guerrilhas que se insurgiram contra o regime estabelecido pelas forças armadas no Brasil,

## 2 - Guerrilhas no Brasil

A ditadura militar no Brasil durou 21 anos (1964 – 1985) e é considerado um dos períodos mais negros da história do país. Durante o governo do general Artur da Costa e Silva, foi editado em dezembro de 1968 o Ato Institucional n. 5, o AI-5, que, entre outros, suspendia os direitos civis e políticos, estabelecia a censura prévia dos veículos de comunicação e suprimia o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

A edição do AI-5, deu início a um período de violações sistemáticas aos Direitos Humanos como prisões indiscriminadas, torturas, estupros. Focos de resistência a abusividade da ditadura começam a aparecer. Como fruto da repressão e da impossibilidade de oposição legal e de resistência civil, surgem os primeiros grupos de luta armada no país, influenciados pela formação de guerrilhas nos países latino-americanos vizinhos.

Em resposta à falta de alternativa para a oposição legal, grupos de esquerda começaram a agir na clandestinidade e adotar táticas militares de guerrilha urbana e rural. Em setembro de 1969, houve o primeiro ato espetacular da guerrilha urbana, o seqüestro do embaixador norte-americano. Daí até o final do governo Médici, em 1974, forças da repressão e da guerrilha se enfrentaram em batalha inglória e desigual. Aos seqüestros e assaltos a bancos dos guerrilheiros, respondia a repressão com prisões arbitrárias, tortura sistemática de presos, assassinatos. Opositores assassinados eram dados como desaparecidos ou mortos em acidentes de carro. A imprensa era proibida de divulgar qualquer notícia que contrariasse a versão das forças de segurança. (CARVALHO, 2004, p. 162-163).

Curiosamente o PCB, Partido Comunista Brasileiro, era contra a luta armada. Foram seus dissidentes que se organizaram em diferentes grupos e introduziram a guerrilha no país<sup>523</sup>.

Esses grupos, em sua maioria, não contavam com mais de quinhentos guerrilheiros, com idade em torno dos 20 anos. A atuação mais consistente desses grupos ocorreu entre 1969

---

<sup>523</sup> Pode-se citar a Aliança Libertadora Nacional (ALN), liderada por Carlos Marighella, assassinado em 1969; Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), liderada por Lamarca, assassinado em 1971; Vanguarda Armada Revolucionária – Palmares (VAR – Palmares); Comando de Libertação Nacional (COLINA); Movimento Revolucionário 8 de outubro (MR-8)

e 1972, com ações ousadas que impuseram derrotas táticas e publicitárias a ditadura, numa estratégia de guerra de desgaste e desestabilização do regime.

Suas ações consistiam basicamente em assalto a bancos para angariar fundos para a sobrevivência da resistência, as chamadas expropriações, e o seqüestro de diplomatas, como o do embaixador americano Charles Burke Elbrick, a fim de trocá-lo por presos políticos, entre outros.

Um grande aparato repressivo foi montado para combater a oposição armada. Ligado diretamente ao Conselho de Segurança Nacional, o poderoso Serviço Nacional de Informações (SNI) subordinava todas as Secretarias Estaduais de Segurança e seus respectivos Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS), além de coordenar os serviços secretos e centros de operações das três armas. No Exército foram criados dois organismos de operações especiais: o Centro de Operações de Defesa Interna (Codi) e o Destacamento de Operações e Informações (DOI). Vinculando as ações das polícias e do Exército **financiadas por industriais brasileiros e multinacionais**, foram organizadas operações de varredura de militantes de esquerda, denominadas Operações Bandeirantes (Oban). (CAMPOS; DOLHNIKOFF, p. 276, grifo nosso)

O fato de as guerrilhas serem isoladas politicamente e divididas, além das sucessivas mortes e desaparecimentos dos militantes que as compunham, fizeram com que os grupos de luta armada comesçassem a desaparecer. Em 1972 a maioria dos grupos armado já não existia. Seus líderes morreram em confronto com as forças militares ou sob tortura.

O último grande foco de resistência das guerrilhas ocorreu na Bacia do Araguaia, no estado do Pará, onde um grupo de guerrilheiros treinados infiltraram-se no local e ganharam a simpatia da população. Resistindo as incursões do Exército, o grupo só foi dizimado anos depois quando um corpo de elite de 10 mil soldados capturou e assassinou os militantes.

Ainda sobre o Araguaia:

Restou um foco de guerrilha rural que o PC do B começou a instalar em uma região banhada pelo Rio Araguaia, próxima a Marabá, situada no leste do Pará – o chamado Bico do Papagaio. Nos anos 1970 – 1971, os guerrilheiros em número aproximado de setenta pessoas estabeleceram ligações com os camponeses, ensinando-lhes métodos de cultivo e cuidados com a saúde. O Exército descobriu o foco em 1972, mas não se revelou tão apto na repressão como fora com a guerrilha urbana. Foi só em 1975, após transformar a região em zona de segurança nacional, que as forças do Exército conseguiram liquidar ou prender o grupo do PC do B. Tudo isso não chegou ao conhecimento do grande público, pois a divulgação do assunto era proibida. Quando muito, corriam boatos desencontrados sobre a guerrilha do Araguaia. (FAUSTO, 2003, p. 483-484)

Todos os grupos que optaram pela luta armada, cedo ou tarde acabaram esfacelados pelos militares, resultando na prisão, tortura, morte, “desaparecimento” e banimento de centenas de militantes envolvidos. Na verdade, a falta de preparo da maioria dos jovens envolvidos, bem como a diferença de recursos disponíveis revelam que a esquerda armada



jamais constituiu ameaça política significativa ao regime, mas seus ataques deram argumentos aos militares linha-dura, fortalecendo a opinião dos que defendiam uma maior repressão. (SKIDMORE, 1989, p. 249)

### **3 – O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a decisão da Corte no caso Araguaia**

A partir das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, as nações começaram a se preocupar em estabelecer direitos que seriam inerentes a todo o ser humano. Com relação aos crimes contra a humanidade, tem-se que estes foram estabelecidos, ainda que de forma geral, pela primeira vez no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e nas Sentenças do referido Tribunal em 1950. Seriam crimes contra a humanidade, entre outros, todos aqueles atos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação.

Essa definição foi ratificada pela Resolução de n. 95 da Organização das Nações Unidas – ONU, em 11 de dezembro de 1946 quando a Assembléia Geral confirmou os princípios estabelecidos pelo Estatuto e as sentenças do Tribunal de Nuremberg. O Brasil assinou a Carta das Nações Unidas, que instituiu a ONU em 21 de julho de 1945, tendo ratificado-a em 21 de setembro do mesmo ano.

Tem-se ainda que na Resolução n. 2.338 da Assembléia Geral e na Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, tais crimes, por serem considerados graves, não admitem prescrição. Ainda nesse sentido, o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, através de seu artigo 29, estabelece a imprescritibilidade dos crimes que se encontram dentro do rol de sua competência.

A Organização dos Estados Americanos – OEA<sup>524</sup>, aprovou, em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que entrou em vigor em 18 de julho de 1978<sup>525</sup>, configurando uma das bases do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, um mecanismo regional criado para promover e defender esses direitos. O Sistema Interamericano é formado por dois órgãos jurisdicionais, quais sejam, a Comissão

---

<sup>524</sup> Criada em 1948, com sede em Washington, Estados Unidos, tem como estados membros os países que fazem parte do continente americano.

<sup>525</sup> O Brasil depositou sua carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992.



Interamericana (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada qual com suas funções e competências.

Quando da sentença do Caso Almonacid Arellano e outros x Chile, a Corte Interamericana considerou a penalização dos crimes contra a humanidade como obrigatória, tendo em vista o direito internacional como um todo, sendo que violações graves aos direitos humanos são consideradas imprescritíveis.

Portanto, conforme verificado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em julgamentos como o do Caso Castillo Páez versus Peru<sup>526</sup>; Caso Barrios Altos versus Peru<sup>527</sup>; Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile<sup>528</sup> e o Caso La Cantuta versus Peru<sup>529</sup>, já havia sinalizado jurisprudência no sentido de considerar a anistia de agentes públicos cometedores de crimes lesa-humanidade como uma violação fundamental ao Direito Internacional.

Indo na contramão do entendimento estabelecido pela Corte Interamericana, o Supremo Tribunal Federal – STF, decidiu em julho de 2010 seu posicionamento acerca da ADPF n. 153, onde entendeu pela interpretação bilateral da Lei n. 6.683<sup>530</sup> de 1979, Lei da Anistia, com o argumento de que esta era fruto de um acordo político que dava ensejo ao perdão e a reconciliação.

Apesar da decisão do STF, o debate acerca da lei da anistia surge mais uma vez no cenário nacional e internacional quando da sentença<sup>531</sup> da Corte Interamericana no Caso Araguaia, ainda em 2010. O caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil, conhecido como o Caso Guerrilha do Araguaia, foi apresentado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e pela Human Right Watch/Americas (HRWA). Ingressaram como copeticionários o grupo Tortura Nunca Mais – RJ, e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo em 7 de agosto de 1995.

A inicial requeria apuração dos atos de violência praticados contra vítimas desaparecidas na região do Araguaia, alegando haver ocorrido violações aos direitos humanos protegidos por diversos tratados e convenções. Por fim, requereram, resumidamente, que a Lei de Anistia não represente mais obstáculo a persecução penal de violações que constituam crimes

<sup>526</sup> Sentença disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf)

<sup>527</sup> Sentença disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)

<sup>528</sup> Sentença disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

<sup>529</sup> Sentença disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

<sup>530</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)

<sup>531</sup> Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)



contra a humanidade, determinar a responsabilização penal, com investigação judicial publicidade dos resultados, levando em consideração que tais crimes são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis.

Admitido em 6 de março de 2001, o relatório de mérito foi emitido pela Comissão em 31 de outubro de 2008, contendo recomendações que o Estado brasileiro deveria cumprir. Diante da implementação insatisfatória das recomendações, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, obtendo o n. 11.552, entendendo que tratava-se de

uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos". A Comissão também enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana. (CORTE, 2010, p. 1)

A demanda contra o Estado brasileiro foi iniciada em virtude da responsabilização do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região pelos atos cometidos durante operação do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 a 1975 para erradicar a Guerrilha do Araguaia.

No esforço de erradicação da luta armada, o estado teria infringido diversos direitos assegurados internacionalmente por convenções e tratados de direitos humanos:

A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação. (CORTE, 2010, p. 4)

A Comissão ainda salientou a Corte o fato de que o caso não foi levado a julgamento no país em virtude da Lei 6.638/79. Dessa forma, a Comissão solicitou à Corte que conclua que o Brasil é responsável internacionalmente:

a) pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento dos membros do Partido Comunista do Brasil e dos moradores da região listados como vítimas desaparecidas na presente demanda;



- b) porque, em virtude da Lei No 6.683/79 (Lei de Anistia) promulgada pelo governo militar do Brasil, não se levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado das 70 vítimas desaparecidas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva;
- c) porque os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre os acontecimentos;
- d) porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada; e
- e) porque o desaparecimento das vítimas e a execução de Maria Lucia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram prejudicialmente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (CIDH, 2009, p. 376)

Em contestação, a República Federativa do Brasil manifesta-se no sentido de, entre outros, requerer que a Corte declare-se incompetente para apreciar os fatos, que reconheça as medidas que vem sendo adotadas para reparar os danos, esclarecer a verdade e impedir a repetição dos abusos e, que arquite o caso. Alega ainda o não esgotamento dos recursos internos para resolver a questão objeto da demanda, declarando a inadmissibilidade do caso. Requer por último a improcedência dos pedidos aduzidos, uma vez que estão sendo construídas no país soluções para uma definitiva reconciliação nacional.

Após considerar as preliminares e as manifestações das partes, a Corte decidiu que

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CORTE, 2010, p. 65)

Para a Corte Interamericana, no entanto, o Brasil

Descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. (CORTE, 2010, p. 114)

Entre as 21 determinações que o Brasil fica obrigado a se submeter no Caso Araguaia, estão as de conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos ocorridos, realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas, oferecer o tratamento médico e



psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram, publicar a sentença, realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, implementar programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, tipificar o delito de desaparecimento forçados, continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre as violações aos direitos humanos durante a ditadura e indenizar os familiares das vítimas.

#### 4 - Considerações Finais

A respeito da sentença, tem-se que um dos seus principais aspectos é a desobstrução da justiça para que os crimes de lesa-humanidade apontados na sentença possam ser investigados e os responsáveis punidos.

A decisão coloca em evidência a divergência de posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Estado brasileiro em relação à aplicação da Lei de Anistia de 1979 e à punição de supostos violadores dos direitos humanos que atuaram na repressão política durante a ditadura militar.

A decisão consolida o entendimento de que o Estado não pode negligenciar o dever de investigar, identificar e punir as pessoas responsáveis por crimes contra a humanidade, por emitir leis de anistia ou outras medidas domésticas similares; conseqüentemente, os crimes contra a humanidade não são suscetíveis à anistia.

Com a condenação do Brasil pela Corte Interamericana no Caso Araguaia, vislumbra-se um possível novo desfecho para a questão da Anistia. Resta apenas aferir qual será o posicionamento do Estado brasileiro frente às inúmeras condenações, principalmente as que se referem à apuração dos crimes, julgamento e condenação dos autores de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar.

Por fim, observa-se a relevância da temática abordada, bem como a necessidade de um maior aprofundamento em análises e estudos relacionados à ordem jurídica internacional e suas relações com a normativa estabelecida internamente, principalmente no tocante às competências das Cortes Internacionais e a submissão ou não de seus países signatários.

#### 5 - Referências Bibliográficas

CAMPOS, Flávio de; DOLHNIKOFF, Miriam. **Manual do candidato**: história do Brasil. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decisão do Caso Gomes Lund e outros. Publicada em 24 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=15/06/2011&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=132>. Acesso em 03 de junho 2013.





CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Castelo a Tancredo** 1964-1985. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.



## A OPINIÃO CONSULTIVA DE KOSOVO E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA AO DEBATE SOBRE SURGIMENTO DE ESTADOS

Gustavo Carnesella<sup>532</sup>

**RESUMO:** O presente artigo examina as possíveis consequências da Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça acerca da Declaração Unilateral de Independência de Kosovo, no que concerne à atitude dos Estados com relação a Kosovo. Mais amplamente, o objeto deste artigo é verificar se Opiniões Consultivas da Corte podem ter impacto na posição dos Estados sobre questões envolvendo o surgimento e reconhecimento de Estados. Para tanto, procura-se entender o contexto em que a Opinião Consultiva foi solicitada à Corte. Analisa-se também outras Opiniões proferidas pela Corte em casos similares acerca do surgimento e o possível reconhecimento de um novo ente estatal.

**Palavras chave:** Kosovo, Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva, Surgimento de Estados.

**ABSTRACT:** This article examines the possible consequences of the International Court of Justice’s Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, with regard to the attitude of States towards Kosovo. More broadly, the object of this article is the question of whether advisory opinions of the Court may have an impact on the position of States in relation to questions concerning the emergence and recognition of new States. Thereto, it will assess the context in which the Advisory Opinion was requested to the Court. It will also analyze other prior Opinions rendered by the Court in similar cases involving the emergence and the possible recognition of a new State entity.

**Keywords:** Kosovo, International Court of Justice, Advisory Opinion, Creation of States.

### INTRODUÇÃO

Atendendo pedido da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas<sup>533</sup>, a Corte Internacional de Justiça proferiu, no dia 22 de julho de 2010, a Opinião Consultiva referente à Declaração Unilateral de Independência pelo governo

---

<sup>532</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), foi bolsista de iniciação científica (PIBIC/CNPq) em 2012 e 2013. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq *Ius Gentium*. Possui sua linha de pesquisa voltada ao surgimento e reconhecimento de Estados na comunidade internacional.

<sup>533</sup> ONU, Resolução 63/3, 8 oct. 2008. “*The General Assembly (...) decides, in accordance with Article 96 of the Charter of the United Nations to request the International Court of Justice, pursuant to Article 65 of the Statute of the Court to render an advisory opinion on the following question: “Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?”*”



provisório de Kosovo<sup>534</sup>, alvo de conflitos étnicos durante a última década do século passado, no contexto de desmembramento da Iugoslávia pós-socialista.

A Corte respondeu a questão proposta pela Assembleia Geral afirmando que a Declaração de Independência do governo de Kosovo “não viola o Direito Internacional”<sup>535</sup>, provocando reações das mais variadas, tendo sido apoiada, criticada, questionada e escrutinizada por diversos autores, instituições internacionais e, fundamentalmente, pelos próprios Estados. Certo dizer que, independentemente da opinião da Corte ter sido proferida, ainda há profunda divergência entre os Estados diante da posição que cada um assume sobre essa delicada questão, seja como participante ativo no conflito, com interesses soberanos e territoriais, ou também como meio de estabelecimento de suas diretrizes internacionais e interesses políticos - na região ou até no que concerne a seus próprios territórios.

Tendo em conta que a questão apresenta um viés indubitavelmente político, mas não desconsiderando o caráter jurídico da situação e seus desdobramentos<sup>536</sup>, o objetivo deste artigo não é, por certo, exaurir o debate sobre o conflito de Kosovo e suas reações no plano internacional. De fato serão abordadas as opiniões mais divergentes possíveis sobre o tema mas, em linhas gerais, isso só é possível ao momento que compreendemos a razão de tal discrepância na prática internacional. Para tanto, o presente artigo busca analisar não somente a Opinião Consultiva sobre a Declaração Unilateral de Independência de Kosovo em si; na verdade, procura-se entender quais são as consequências dessa opinião da Corte na prática dos Estados, especialmente no que se refere ao surgimento e reconhecimento de Estados.

Uma questão que gerou – e permanece gerando – opiniões diversas da comunidade internacional deve ser analisada na plenitude de seus aspectos. Para tanto, será examinada, como matéria preliminar, a Opinião Consultiva proferida pela

---

<sup>534</sup> *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403-453.

<sup>535</sup> A resposta da Corte segue, em idioma original: “*The Court has concluded that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law.*” *Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 452 par. 122.

<sup>536</sup> “...*the Court has repeatedly stated that the fact that a question has political aspects does not suffice to deprive it of its character as a legal question. Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to respond to the legal elements of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, in the present case, an assessment of an act by reference to international law.*” *Id.*, p. 415, par. 27.



Corte Internacional de Justiça, levantando seus motivos e principais pontos de argumentação por parte dos juízes. Em sequência, procura-se compreender como a Corte já lidou com casos e opiniões similares, que envolvam os principais aspectos internacionais também trazidos à tona pela opinião Kosovo<sup>537</sup> – como o surgimento de Estados e o princípio da autodeterminação dos povos, e o possível reflexo dos julgamentos e pareceres da Corte na doutrina internacionalista. Por fim, o artigo analisa se a atitude da Corte perante as questões relativas ao surgimento de Estados tem um impacto significativo na prática dos Estados com relação a atuais ou novas situações que venham a emergir nos próximos anos – tema de suma importância, tendo em conta o crescimento dos conflitos envolvendo o surgimento de novos Estados na comunidade internacional.

## **1. O conflito em Kosovo e a Opinião Consultiva proferida pela Corte Internacional de Justiça**

A Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça à respeito de Kosovo remete à Declaração de Independência do território, proferida pela Assembleia kosovar, em 17 de Fevereiro de 2008:

1. Nós, os líderes democraticamente eleitos do nosso povo, declaramos por meio desta que Kosovo é um Estado independente e soberano. Esta declaração reflete o desejo do nosso povo (...)<sup>538</sup>

Antes de analisar o teor da Opinião Consultiva e seus detalhes, importante relatar algumas das situações, ainda que não exaustivamente, que levaram à declaração.

Em 1999, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução 1244<sup>539</sup>, que tratava da violência exercida pelas forças sérvias na região (de origem predominantemente albanesa) correspondente a Kosovo. A Resolução, entre outras previsões, demandava o fim da violência e repressão iugoslava em Kosovo e a

---

<sup>537</sup> Por conveniência, a Opinião Consultiva sobre a Declaração Unilateral de Independência de Kosovo será referida, no decorrer deste artigo, como “Opinião Kosovo”.

<sup>538</sup> “We, the democratically-elected leaders of our people, hereby declare Kosovo to be an independent and sovereign state. This declaration reflects the will of our people (...)” *Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 434, par. 75. Tradução livre do autor.

<sup>539</sup> *ONU, Security Council, Resolution 1244*, 10 jun. 1999.



retirada de suas tropas do local<sup>540</sup>, requisitava a presença internacional civil e militar em Kosovo<sup>541</sup> e, principalmente, estabelecia as principais responsabilidades da missão internacional na região<sup>542</sup>.

A Corte, tratando do tema na Opinião, interpreta a Resolução 1244 do Conselho de Segurança como uma tentativa de estabelecer um regime legal excepcional e temporário, sobrepondo-se ao ordenamento sérvio com o intuito de estabilização da situação de Kosovo – sempre lembrando da característica do caráter interino do regime.<sup>543</sup> Por conseguinte, a análise da Corte segue nesse sentido – percebendo que o Conselho de Segurança não guardou para si a palavra final sobre o conflito de Kosovo, muito menos sobre o status final que Kosovo atingiria. Seguro afirmar que a Resolução 1244 não impedia qualquer tipo de declaração de independência, como foi proferida em 2008.<sup>544</sup>

Tratando finalmente da questão em si, a Corte não sentiu a necessidade de reformular a questão posta pela Assembleia Geral. A abordagem dos juízes demonstrou um entendimento de que a questão era “específica e limitada” à declaração de independência e seu respeito ao direito internacional. Ademais, não foi indagado à Corte possíveis consequências da declaração, nem o status atual de Kosovo (se tornou-se um novo Estado), muito menos os efeitos de reconhecer Kosovo como um Estado independente no cenário internacional.<sup>545</sup>

---

<sup>540</sup> Id., Par. 3.

<sup>541</sup> Id., Par. 5.

<sup>542</sup> Id., Par. 11: “Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include:

(a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648); (...)

(c) Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections;

(d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo’s local provisional institutions and other peacebuilding activities;

(e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo’s future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648);

(f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement; (...)” Grifo do autor.

<sup>543</sup> Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 444, par. 100.

<sup>544</sup> Id., p. 449, par. 114.

<sup>545</sup> “In the present case, the question posed by the General Assembly is clearly formulated. The question is narrow and specific; it asks for the Court’s opinion on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. It does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State.” Id., p. 423, par. 51.



Após um exame pormenorizado pela Corte, compreendeu-se que:

For the reasons already given, the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law.<sup>546</sup>

Importante fazer a ressalva de uma característica bastante peculiar do caso. O debate para requisitar à Corte uma declaração na forma de Opinião Consultiva sobre a declaração de independência de Kosovo, na Assembleia Geral, foi motivado pela delegação da Sérvia. O Estado que toma para si a iniciativa de requisitar uma Opinião Consultiva à Corte o faz esperando que terá um resultado “favorável” e, portanto, uma declaração da CIJ ao encontro de suas pretensões – sendo que, frequentemente, quem inicia os procedimentos sagra-se vencedor do embate jurídico.<sup>547</sup>

Na opinião Kosovo, contudo, percebe-se um resultado diverso do usual: o país que motivou o debate resultou “desapontado e irritado” com a Opinião<sup>548</sup>, visto que a Sérvia não obteve uma declaração autoritativa do mais alto órgão jurisdicional da comunidade internacional atestando a ilegalidade da Declaração de Independência de Kosovo, com respeito à sua integridade territorial. Não só as “partes”<sup>549</sup> diretamente envolvidas como os demais Estados interessados consideravam que um resultado “favorável” acarretaria em vantagens em futuras relações (e negociações) diplomáticas<sup>550</sup> – mesmo levando em conta a natureza não-contenciosa das Opiniões Consultivas. Além disso, uma possível declaração da Corte a respeito do surgimento do Estado de Kosovo – e, ainda, alguma diretriz concernente ao reconhecimento deste novo ente estatal pelos demais membros da comunidade internacional – poderia gerar uma atitude diferente da que se percebe hoje entre os Estados. Por um lado, se não é possível prever qual seria o impacto de tal declaração

---

<sup>546</sup> Id., p. 438, par. 84.

<sup>547</sup> FALK, Richard. *The Kosovo Advisory Opinion: conflict resolution and precedent*. In: *Agora: The ICJ's Kosovo Advisory Opinion*. p. 55.

<sup>548</sup> Id., p. 55.

<sup>549</sup> Ver ponto 3, *infra*.

<sup>550</sup> FALK, Richard: “*In fact, both sides and the large number of participating parties seemed to believe that an advisory opinion in their favor could substantially influence future diplomacy (...)*” p. 55.



na atitude dos países, por outro, pode-se afirmar que as respostas e reações à Opinião Consultiva e à situação de Kosovo seriam mais uniformes.<sup>551</sup>

## 2. Contribuição da Corte Internacional de Justiça acerca das questões jurídicas sobre o surgimento de novos Estados

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que, no conflito de Kosovo, está se tratando de uma Opinião Consultiva proferida pela CIJ, e não de um caso contencioso levado à Corte por iniciativa de um Estado.

O instituto da Opinião Consultiva, como previsto no Estatuto da Corte<sup>552</sup>, é utilizado quando solicitado pelos órgãos competentes para auxiliá-los no exercício de suas funções através do esclarecimento questões legais não cristalizadas em definitivo na ordem internacional. Faz-se importante lembrar que, qualquer que seja o tema da pergunta formulada à Corte (se envolve Estados, organizações ou se trata de uma matéria genericamente), sua resposta é proferida sempre e somente para a organização que a requereu<sup>553</sup>, tendo esta o discernimento entre seguir ou não o que lhe foi dito.

Muito embora as Opiniões Consultivas não tenham força vinculante *per se*, é inegável o seu caráter de expressão autoritária da norma internacional, como afirma Hisashi Owada, ex-presidente da CIJ:

Despite their advisory nature, they constitute an important contribution to the law. (...) one should not lose sight of their significance as an authentic statement of the law simply because they do not have binding force. (...) advisory opinions generally receive a lot of attention both within and outside the United Nations.<sup>554 555</sup>

---

<sup>551</sup> Ver ponto 4, *infra*.

<sup>552</sup> Art. 65, par. 1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “*The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.*”

<sup>553</sup> “*The advisory jurisdiction is the means by which the General Assembly and the Security Council may obtain the Court’s opinion in order to assist them in their activities. The Court’s opinion is given not to States but to the organ which has requested it. (...) the purpose of the advisory jurisdiction is to enable organs of the United Nations and other authorized bodies to obtain opinions from the Court which will assist them in the future exercise of their functions.*” *Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 417, par. 33; p. 421, par. 44.

<sup>554</sup> OWADA, Hisashi. *Speech to the legal advisers of United Nations member states: Introductory remarks at the seminar on the Contribution of the International Court of Justice to International Law*. Disponível em: <<http://icj.cij.org>> p. 2-3.

<sup>555</sup> Também neste sentido: “*It is clear that advisory opinions have no binding force as such. (...) Nevertheless, the statements made by the ICJ in an advisory opinion will normally have important legal effects. (...) Advisory Opinions by the ICJ have had important effects on the development of international*



Tratando-se em especial do caso de Kosovo, um conflito de contornos extremamente políticos que vinha se arrastando durante anos, uma Opinião Consultiva sobre os acontecimentos na área e seus possíveis desdobramentos na estabilidade regional parece ter até mais força do que a jurisdição consultiva normalmente possui, dado o alto nível de controvérsia que cercava (e até hoje cerca) o tema e as diferentes opiniões que a questão pode estimular. A pressão internacional que uma Opinião Consultiva ocasiona, com o passar do tempo, no território em questão e na opinião pública de sujeitos internacionais não deve ser subestimada.<sup>556</sup>

Em situações passadas, a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de, através de Opiniões Consultivas, tratar de temas que envolvem o surgimento de Estados. Em especial, elas concernem ao princípio da autodeterminação dos povos sendo aplicado a territórios ainda dependentes de outro Estado: a Opinião Consultiva sobre o status internacional do Sudoeste Africano (“South West Africa”, correspondente hoje ao território da Namíbia), de 1950<sup>557</sup>, bem como a Opinião sobre a colonização do Saara Ocidental (Western Sahara), de 1975.<sup>558</sup>

Em ambos os casos estudados, a Corte apenas pôde tratar do princípio da autodeterminação dos povos em sua dimensão colonial, dado o contexto da época.<sup>559</sup> Contudo, não se pode entender o princípio como somente aplicado a uma questão específica (a descolonização da África, embora tenha sido gerado neste meio), mas sim passível de aplicação a qualquer povo que esteja em um estado de

---

*law since the coming into force of the UN Charter.” FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. In: The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. p. 1621-1623, par. 44-50; FALK, Richard: “I believe that advisory opinions should be read and treated as providing the most authoritative international law assessments available, and deserve respect by affected parties and by the political organs of the United Nations, as well as by scholars. (...) For legal guidance there is no better or higher source of authority in international level than the highest judicial body in the United Nations system.” p. 51. “Unlike a contentious case (...), an advisory proceeding enables an international law question on very sensitive issues to be put to the ICJ in face of the strenuous objections of concerned states, even leading states.” p. 53.*

<sup>556</sup> FALK, Richard. p. 51-54.

<sup>557</sup> *International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1950, p. 128.*

<sup>558</sup> *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975, p.12.*

<sup>559</sup> “Thus, historical and political circumstances led the Court to deal with only the most ‘classical’ or ‘traditional’ dimension of self-determination: anti-colonialism.” CASSESE, Antonio: *The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination. In: Fifty Years of the International Court of Justice. 1996. p. 352.*





dependência.<sup>560</sup> <sup>561</sup> A Corte, contudo, não abordou o tema da autodeterminação dos povos na Opinião Kosovo – levando em conta que este não era o objeto da pergunta feita pela Assembleia Geral.<sup>562</sup>

O objeto da questão elaborada à Corte foi claro – a (i)legalidade da Declaração Unilateral de Independência perante o direito internacional. Não foi perguntado à CIJ sobre alguma consequência desta declaração, sobre a separação de Kosovo do território sérvio ou mesmo sobre possíveis efeitos dos mais de sessenta Estados que assim também reconheciam Kosovo à época<sup>563</sup>, como um de seus pares no plano internacional. A resposta foi proferida nos mesmos termos em que a pergunta foi elaborada, sem nenhuma forma de interpretação expansiva por parte dos juízes.<sup>564</sup>

Com respeito às consequências da declaração de independência, a Corte foi clara ao afirmar que “por vezes, (a declaração) resulta na criação de um novo Estado, por vezes não”. Contudo, a Corte sustenta que “a prática dos Estados durante este período leva claramente à conclusão de que o direito internacional não proíbe declarações de independência.”<sup>565</sup> Já o princípio da integridade territorial também não

---

<sup>560</sup> ONU, 15ª GAOR, Resolução 1514: “*The General Assembly declares that:*

*2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*”

<sup>561</sup> CASSESE, Antonio: “*The evolution of both international practice and of the prevailing views of states (...) made it clear that the right to external self-determination belonged to all dependent territories. The Court authoritatively confirmed this legal evolution by endorsement with its former seal.*” p. 354. “*The authoritative nature of such pronouncements irrefutably establishes that the granting of such a right to all non-self-governing territories has become part of customary international law.*” p. 357-358.

<sup>562</sup> “*During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation. A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right.*” *Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2010*, p. 436, par. 79.

<sup>563</sup> A lista de nações que reconheceram Kosovo como um Estado, bem como a data do reconhecimento está disponível em: <[www.kosothankyou.com](http://www.kosothankyou.com)>.

<sup>564</sup> Embora a resposta tenha sido clara, nos termos em que a pergunta foi efetuada, alguns autores entendem que a resposta da Corte dá sustentação legal a Estados que reconheçam Kosovo e à própria situação *de facto* de Kosovo: “*Although the opinion does not explicitly answer the underlying question whether the separation of Kosovo from Serbia was lawful, it nevertheless implies the answer and thus constitutes a legal underpinning for the factual situation of Kosovo’s independence from Serbia and the lawfulness of recognition of Kosovo by other States.*” FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. p. 1627, par. 60.

<sup>565</sup> “*Sometimes a declaration resulted in the creation of a new State, at others it did not. (...) State practice during this period points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence.*” *Kosovo Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2010*, p. 436, par. 79.



poderia ser violado, já que não trata-se de uma situação entre Estados soberanos, e sim de um ente infraestatal que declara-se independente.<sup>566</sup>

As reações de alguns autores que estudam o tema merecem especial atenção. Richard Falk, por exemplo, entende que, mesmo que a Corte tenha se esforçado para atestar a excepcionalidade da situação de Kosovo, devido ao seu contexto histórico e atual conjuntura política, o desfecho da Opinião Consultiva deve acarretar no futuro uma interpretação mais ampla, para que seja utilizada como pretexto em casos aparentemente análogos de regiões separatistas.<sup>567</sup>

Persiste também a dúvida sobre qual deveria ser a verdadeira função da CIJ nesta específica Opinião. A Corte foi perguntada sobre a (i)legalidade de uma declaração de independência; contudo, parte da doutrina acreditava que a Corte deveria responder questões concernentes a temas que estariam de alguma forma relacionados ao caso, como reconhecimento de Estados, secessão e autodeterminação dos povos – sem falar na posição à qual a CIJ foi alçada, tratada como uma espécie de “árbitro de uma disputa universal multilateral, a qual a comunidade internacional não foi capaz de resolver sozinha.”<sup>568</sup>

Ainda sob esse viés, foi inclusive sustentado que a Corte de fato assumiu o papel de “árbitro internacional” da disputa entre Kosovo e Sérvia:

Contrary to expectations, the Court’s main objective was not to advance international law on issues of recognition, self-determination or secession. (But rather) to minimize the damage its opinion would have on the already strained relationship between the two most interested parties – namely, Kosovo and Serbia.<sup>569</sup>

---

<sup>566</sup> “Thus, the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States.” Id., p. 437, par. 80

<sup>567</sup> “...the majority found the declaration acceptable if strictly limited to the Kosovo situation, but did not want to endorse in any way the general practice, as it would encourage an expansive reading that would give direct aid and comfort to an array of secessionist movements waiting in the wings of the global political stage. (...) In effect, the outcome regarding Kosovo is likely in the future to be read broadly even though the majority view is written narrowly, precisely to discourage such a broad endorsement of unilateral declarations of statehood.” FALK, Richard. p. 51.

<sup>568</sup> “It ought to be recalled that, in this particular situation, the Court was elevated into the role of the arbitrator of a universal multilateral political dispute that the international community had not been able to settle itself.” D’ASPREMONT, Jean. *The Creation of States before the International Court of Justice: Which (II) Legality?* Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=12090>>. p. 2. “...the Court failed to answer important questions pertaining to recognition, secession, and self-determination which it had been expected to address.” RICHEMOND-BARAK, Daphné. *The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute Settlement?* In: *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2010. p. 2.

<sup>569</sup> RICHEMOND-BARAK, p. 2. Ainda a respeito do tema, a autora segue: “...it should be understood instead as an attempt by the Court to achieve a balanced solution. A deeper analysis of the opinion suggests that the Court’s silence was meant precisely to benefit – or at least not antagonize – Serbia.” p.



Contudo, não se pode esperar da Corte um papel arbitral, muito menos no exercício de sua atividade consultiva. Deve a Corte responder à questão a ela submetida.<sup>570</sup> Não se costuma esperar de tribunais internacionais que respondam mais do que o necessário para exaurir o caso em questão – tribunais internacionais costumam abordar as situações a eles submetidas sob uma perspectiva pragmática, não-expansiva.<sup>571</sup> Foi esta a abordagem assumida pela Corte Internacional de Justiça ao proferir a Opinião Kosovo.

### **3. Impacto da Opinião Consultiva de Kosovo na prática estatal concernente ao surgimento de novos Estados**

Além da contribuição ao entendimento das questões legais envolvidas no caso, a atividade da Corte provoca um notável impacto na situação específica da qual uma Opinião Consultiva trata. Como se esperava, a Opinião Kosovo gerou diversas reações no plano internacional. Com respeito aos autores que comentaram a decisão, percebe-se que reagiram de maneira bastante heterogênea.

Uma parte dos autores levanta o ponto de que a Opinião Kosovo pode ser entendida, no futuro, como um importante argumento a ser utilizado por novos entes que desejam ser reconhecidos, no plano internacional, como Estados.<sup>572</sup> A Opinião também gerou críticas nesse viés, revelando preocupação com possíveis

---

12. “In the Kosovo opinion, the Court perceived an acute risk of escalating tensions in the Balkans – and perhaps other regions with active secessionist movements.” p. 17. “Given the choice between contributing to a calming of hostilities and contributing to international law, the Court chose the former.” p. 18. “...it seems that in the fear that making far-reaching legal pronouncements would further estrange Kosovo and Serbia, the Kosovo Court acted more as a means of dispute settlement than as an advisory body.” p. 19.

<sup>570</sup> “The approach taken by the Court might be narrow but it is defensible: a declaration of independence is one thing, while its acceptance by the international community is another. The formulation of the question referred to the Court covers the former but does not extend to the latter.” VIDMAR, Jure. *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*. In: *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2<sup>a</sup> ed., 2011. p. 364.

<sup>571</sup> “Moreover, the question was so narrowly phrased (...) that there was little to be expected from the Court. International tribunals abide by a principle of judicial economy whereby they do not venture into extensive developments about the state of the law beyond what is strictly necessary to settle the dispute brought before them. Indeed, they usually approach cases with a very pragmatic mindset.” D’ASPREMONT, Jean. p. 3.

<sup>572</sup> “It may also have some relevance for a variety of political movements around the world whose leaders might be more inclined than previously to tempt fate by declaring their people and territory to be internationally independent of the sovereign state within which they are now geographically located.” FALK, Richard. p. 50.



consequências da atividade consultiva da Corte em diversas regiões separatistas do mundo<sup>573</sup> - muito embora a Opinião Kosovo seja quase sempre referida como um caso *sui generis* que nunca acontecerá de novo devido ao seu intrincado contexto histórico e político e que, por esse motivo, tornaria a secessão de Kosovo legal sob o regime internacional.

Por outro lado, a Opinião da CIJ em relação à Kosovo, embora contenha caráter de autoridade (por ser um pronunciamento da Corte), não tem caráter vinculativo para e entre qualquer Estado. Sobretudo em casos nos quais o Estado em questão está em desacordo com a resposta da CIJ, como aconteceu com a Sérvia na Opinião Kosovo, a reação do Estado diretamente interessado no objeto da Opinião Consultiva será, invariavelmente, justificada pelo caráter não-vinculativo da atividade consultiva da Corte. Contudo, os Estados que seguirem a resposta da Corte Internacional de Justiça sobre determinado assunto não estarão violando o direito internacional, já que seguirão um ditame dos juízes internacionais sobre um tópico de direito internacional ainda não pacificado na prática estatal.<sup>574</sup>

O reconhecimento do status de Kosovo no plano internacional mantém-se motivo de grande polêmica e divergência entre Estados. Todavia, a Opinião Consultiva proferida pela Corte não aumentou a quantidade de reconhecimentos efetuados por outros Estados. Em especial, no ínterim entre o pedido de Opinião Consultiva pela Assembleia Geral e o dia 22 de julho de 2010 (data em que a Opinião

---

<sup>573</sup> Uma das principais críticas nesse sentido: “*Uniqueness as such can never make decisions, measures, or actions legitimate or legal. (...) There is no reason why a certain action, which has occurred for the first time, can be justified merely because of its uniqueness and on the grounds that it may never happen again.*” FLEINER, Thomas. *The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law*. In: *From Bilateralism to Community Interest*. 2011. p. 882. “*(...) an advisory opinion on the unilateral declaration of independence by the provisional institutions of Kosovo could first and foremost reverberate in the political campaign of secessionist movements in other countries and regions.*” p. 883. “*This decision was understood as a precedent by leading politicians in many countries. Countries facing secessionist conflicts fear that any model of federalism as a tool for conflict management could be misused by the federal units as a first step for secession.*” p. 884.

<sup>574</sup> “*It is almost certain that a State directly concerned by an advisory opinion will rely on the nonbinding effect and will not conform to the legal obligations explained as a consequence of the Court’s evaluation of the legal situation. However, this may be completely different as regards other states. (...) No State could be seen as acting in violation of international law if it complied with the Court’s statement.*” FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. p. 1624-1626, par. 55-58. “*(...) states are not under an absolute obligation to withhold recognition when independence is declared unilaterally. In other words, the observance of the territorial integrity of other states does not absolutely prohibit recognition of an entity which tries to emerge as an independent state by way of a unilateral secession.*” VIDMAR, Jure. p. 376.



foi proferida), 21 nações reconheceram Kosovo como Estado – demonstrando que a iniciativa sérvia não conseguiu demover a comunidade internacional sobre suas práticas estatais.<sup>575</sup>

Cabe ressaltar também uma importante discussão entre Estados, no âmbito da Assembleia Geral, em momento imediatamente posterior à Opinião Kosovo.<sup>576</sup> A conduta dos representantes diplomáticos retrata bem o que foi exposto anteriormente: os Estados que não reconheciam Kosovo permaneceram não o reconhecendo, com base em critérios políticos e normas do direito internacional:

China has maintained all along that respect for national sovereignty and territorial integrity is a fundamental principle of contemporary international law and the basis for the international legal order of our times. The sovereignty and territorial integrity of United Nations Member States should be respected by all parties. The Court’s advisory opinion should not prevent the parties concerned from finding a proper negotiated solution to the problem.<sup>577</sup>

Já os Estados que já haviam optado pelo reconhecimento de Kosovo como um de seus pares mantiveram sua posição, agora, respaldados pela declaração da CIJ:

(...) that Kosovo’s case is in fact a unique one, that it has its own long historical background and that it cannot and should not be related to any other situation elsewhere in the world. Albania welcomes this rendering of the world Court and we believe that this opinion should be acknowledged and respected. (...) This reality has been increasingly recognized by Member States. The Court’s advisory opinion will certainly help many countries to move towards recognition of the Republic of Kosovo.<sup>578</sup>

Outro ponto de destaque nesta discussão envolve os Estados que se pronunciaram perante à Assembleia Geral. As nações que reconheciam Kosovo e sua independência o fizeram com bastante prontidão, logo após a Declaração emanada pelo governo kosovar – portanto, muito antes da Opinião proferida pela CIJ. Já entre

---

<sup>575</sup> Ver nota 32, *supra*. No total, 98 Estados-membros da ONU reconheceram oficialmente Kosovo. Até o dia 8 de outubro de 2008, data da Resolução 63/3 da Assembleia Geral contendo a pergunta à Corte, 48 Estados haviam reconhecido Kosovo. Além dos 21 já mencionados, mais 29 Estados oficialmente reconheceram Kosovo como Estado, até a presente data.

<sup>576</sup> ONU, *General Assembly, 64<sup>th</sup> session, 120<sup>th</sup> plenary meeting*, 9 set. 2010.

<sup>577</sup> Id., pronunciamento da República Popular da China (Sr. Wang Mei), p. 5. Neste mesmo posicionamento, ver declarações de: Sérvia (Sr. Jeremić), Azerbaijão (Sr. Mehdiyev), República Bolivariana da Venezuela (Sr. Valero Briceño), Brasil (Sra. Viotti), Federação Russa (Sr. Pankin), Índia (Sr. Hardeep Singh Puri), Indonésia (Sr. Kleib) e República Islâmica do Irã (Sr. Baghaei Hamaneh).

<sup>578</sup> Id., pronunciamento da Albânia (Sr. Hoxha), p. 5-6. No mesmo viés, ver pronunciamentos de: Estados Unidos da América (Sra. Dicarlo) e Turquia (Sr. Apakan).



os Estados que não reconheciam Kosovo, percebe-se que utilizaram-se de tensões internas como uma das justificativas para sustentar seu posicionamento.<sup>579</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Internacional de Justiça, por meio de uma Opinião Consultiva, declarou que a Declaração de Independência do governo de Kosovo não violou o direito internacional. Contudo, importante lembrar que foi a própria Sérvia quem motivou o debate sobre Kosovo e seu status na Assembleia Geral para efetuar a pergunta à Corte e obter dela uma resposta satisfatória a seus interesses políticos e territoriais. Como pôde-se notar, não foi isso que aconteceu, e Kosovo permanece hoje em sua busca por reconhecimento internacional, já que a Corte não atestou qualquer violação kosovar do direito internacional.

Ressalvado o caráter consultativo das Opiniões proferidas e a não-vinculação de qualquer órgão ou Estado aos ditames da CIJ, a análise proposta demonstra claramente que a Corte cumpriu o seu papel, exatamente como consta no seu Estatuto: elaborada pela Assembleia Geral, a Corte Internacional de Justiça recebeu e proferiu a sua resposta para a Opinião Consultiva nos exatos termos em que foi concebida; não houve omissão por parte dos juízes e muito menos houve extrapolação da jurisdição consultiva, isto é, a Corte não abusou de seu papel para responder questões que não eram exatamente o objeto da pergunta.

Autores e Estados que esperavam obter da Corte uma delimitação do status de Kosovo e de seu reconhecimento restaram, portanto, frustrados. Pode-se entender que a pressão internacional para que fosse obtida alguma definição na situação de Kosovo tenha levado autores e Estados a essas expectativas – que, contudo, não se materializaram.

---

<sup>579</sup> Pronunciamento do Azerbaijão (Sr. Mehdiyev): “*At the same time, I would like to reiterate Azerbaijan’s principled position, according to which unilateral actions cannot be an acceptable way of resolving armed conflicts and territorial issues. Such unilateral actions do not involve the exercise of any right conferred in international law, and hence have no place within the generally accepted norms and principles of international law (...). As a country suffering aggression from a neighboring, State, foreign military occupation and the ethnic cleansing of its territories, Azerbaijan believes that the fulfillment in good faith of the obligations assumed by States under the Charter of the United Nations and international law is of the greatest importance for the maintenance of international peace and security.*” p. 2.



Analisando a atitude dos Estados perante à Opinião Consultiva, percebe-se que não ocorreu demasiada mudança nas representações diplomáticas a respeito de Kosovo e de seu status pré e pós Opinião. O reconhecimento de Estados pela comunidade internacional é um ato de caráter político, que reveste-se de juridicidade em alguns casos especiais. Não é razoável pensar que a Corte, ao declarar a não violação da declaração de independência de Kosovo, estivesse implicitamente concedendo o título de Estado à Kosovo – não era de competência da Corte fazê-lo, e sim matéria para os próprios Estados regularem, no exercício de suas relações internacionais. Por outro lado, entende-se que a Corte assumiria uma função mais significativa na questão caso considerasse que a declaração de independência de Kosovo violava o direito internacional – podendo gerar inclusive um dever de não-reconhecimento para os demais Estados.

Ademais, a Corte atestou que declarações de independência podem ou não gerar novos Estados na comunidade internacional. Se esse é o caso de Kosovo – como parece ser, diante do crescente reconhecimento internacional da nação por parte dos demais Estados, trata-se de uma consequência natural da opção, por parte dos Estados, de reconhecer um novo ente entre seus pares. Para efeitos do surgimento de um novo Estado, a Opinião Kosovo pode ser utilizada pelos Estados que já reconheciam Kosovo anteriormente como um reforço ao seu argumento; como também pode ser descartada do debate pelos Estados não reconhecedores, pois não tratou da questão do surgimento de um Estado em si, e somente da sua declaração de independência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSESE, Antonio. *The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination*. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia (ed.). *Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in honour of Sir Robert Jennings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 351-363

D’ASPREMONT, Jean. *The Creation of States before the International Court of Justice: Which (II) Legality?* Disponível em: <[haguejusticeportal.net/index.php?id=12090](http://haguejusticeportal.net/index.php?id=12090)>. p. 1-8. Acesso em: 29 mai. 2013.



FALK, Richard. *The Kosovo Advisory Opinion: conflict resolution and precedent*. In: *Agora: The ICJ's Kosovo Advisory Opinion. American Journal of International Law*, Vol. 105, n. 1. Washington: American Society of International Law Press, 2011. p. 50-60

FLEINER, Thomas. *The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law*. In: *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 877-894

FROWEIN, Jochen; OELLERS-FRAHM, Karin. *Chapter IV - Advisory Opinions. Art. 65*. In: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J. (ed.): *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2<sup>nd</sup> Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1605-1660

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403-453.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1950*, p. 128-219.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. Disponível em: <[icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0](http://icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0)>. Acesso em: 21 mar. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975*, p. 12-82.

OWADA, Hisashi. *Speech to the legal advisers of United Nations member states: Introductory remarks at the seminar on the Contribution of the International Court of Justice to International Law*. 2011. Disponível em: <[icj.cij.org](http://icj.cij.org)>. p. 1-16. Acesso em: 30 mai. 2013.

RICHEMOND-BARAK, Daphné. *The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute Settlement?* In: *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 23. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 1-19

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. 64<sup>th</sup> U.N. GAOR, 120<sup>th</sup> PLENARY MEETING, U.N. DOC. A/64/PV.120 (2010). Disponível em: <[un.org/en/ga/64/resolutions.shtml](http://un.org/en/ga/64/resolutions.shtml)>. Acesso em: 22 mai. 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. RESOLUTION 1514, 15<sup>th</sup> U.N. GAOR, U.N. DOC. A/4684 (1960). Disponível em: <[un.org/depts/dhl/resguide/r15.htm](http://un.org/depts/dhl/resguide/r15.htm)>. Acesso em: 22 mai. 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. RESOLUTION 63/3, 63<sup>rd</sup> U.N. GAOR, U.N. DOC. A/RES/63/3 (2008). Disponível em: <[un.org/en/ga/63/resolutions.shtml](http://un.org/en/ga/63/resolutions.shtml)>. Acesso em: 22 mai. 2013.





UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. RESOLUTION 1244, 4011st U.N. SC MEETING, U.N. DOC. S/RES/1244 (1999). Disponível em: <[un.org/docs/scres/1999/sc99.htm](http://un.org/docs/scres/1999/sc99.htm)>. Acesso em: 22 mai 2013.

VIDMAR, Jure. *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*. In: *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.2. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 355-383

WHO RECOGNIZED KOSOVA? THE KOSOVAR PEOPLE THANK YOU – WHO RECOGNIZED KOSOVO AND WHO RECOGNIZES KOSOVO. Disponível em: <[kosothankyou.com](http://kosothankyou.com)>. Acesso em: 21 mar. 2013.



## O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* NA JURISPRUDÊNCIA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Giulia Manccini Pinheiro<sup>580</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é compreender a construção e transformações da noção de obrigação *erga omnes* na jurisprudência da CIJ. Tendo-se verificado que o conceito apareceu pela primeira vez no caso Barcelona Traction, no qual a Corte caracterizou as obrigações *erga omnes* por serem valores fundamentais a comunidade internacional e por concernirem a todos os Estados. Posteriormente, o conceito ganhou caracterizações no caso do Timor Leste e da Convenção do Genocídio e foram-lhe atribuídas consequências ao seu desrespeito no caso do Muro e do Mr. Hissière Habré. Ante esse contexto, será analisado o interesse legal de todos os Estados na proteção das obrigações *erga omnes* e se a consolidação das obrigações *erga omnes* pela Corte geraram um uso desmedido do conceito nas demandas dos advogados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Obrigações Erga Omnes, Corte Internacional de Justiça, Jurisprudência, Barcelona Traction

**RÉSUMÉ :** L’objectif de cet article est d’appréhender les facteurs qui ont contribué à l’élaboration et la transformation de la notion d’obligation *erga omnes* dans la jurisprudence de la CIJ. Ce concept est apparu pour la première fois dans l’affaire Barcelona Traction, au cours de laquelle la Cour a caractérisé les obligations comme étant des valeurs fondamentales envers la communauté internationale dans son ensemble et concernant tous les Etats. Postérieurement le concept a été enrichi dans l’affaire du Timor Est et de la Convention du Génocide et, son non-respect a eu des conséquences dans l’affaire du Mur et celle de Mr. Hissière Habré. Dans ce cadre, on analysera l’intérêt légal de tous les Etats à protéger les obligations *erga omnes* et on cherchera à déterminer si la consolidation des obligations *erga omnes* par la Cour ont conduit à une utilisation abusive de ce concept par les avocats.

**MOT-CLÉE :** Obligation Erga Omnes, Cour Internationale de Justice, Jurisprudence, Barcelona Traction

### INTRODUÇÃO

As obrigações *erga omnes* se diferenciam dos outros tipos de obrigação porque são obrigações devidas por todos os Estados da comunidade

---

<sup>580</sup> Graduada em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista PIBIC/CNPq 2011-2012. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Ius Gentium.



internacional, unicamente por fazerem parte dela e, por isso, possuírem o interesse na manutenção de certos valores fundamentais.

O conceito de Obrigações *Erga Omnes* apareceu pela primeira vez em um julgamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte) no ano de 1970. Em seu *dictum*, no caso Barcelona Traction, a Corte menciona as obrigações *erga omnes* em dois parágrafos, vinculando-as a necessidade de sua observação por serem de interesse de toda a comunidade internacional e por se tratarem de valores fundamentais a esta. Essas características admitem diversas interpretações em seu sentido, chegando-se a cogitar a possibilidade de tratados comunitários ou regionais instituírem obrigações *erga omnes* a todos os Estados. Diante disso, será analisado o posicionamento dos doutrinadores, no que tange a caracterização das obrigações *erga omnes* feita pela Corte.

Após essa primeira menção, a Corte Internacional de Justiça utilizou-se do conceito de obrigações *erga omnes* em outros julgamentos, tanto para caracterizar uma obrigação como fundamental para a comunidade internacional, como no caso do respeito a autodeterminação dos povos, no caso do Timor Leste entre Portugal e Austrália e no opinião consultiva sobre a Construção do Muro no território ocupado da Palestina, e no caso do Genocídio, como na Aplicação para a Convenção de prevenção e repressão ao crime de genocídio entre Bósnia e Herzegovina e Iugoslávia, mas também para justificar o vínculo jurídico de um terceiro Estado, que não o prejudicado diretamente, caso sobre a obrigação de processar ou extraditar, entre Bélgica e Senegal.

Assim, após o desenvolvimento da jurisprudência da Corte sobre obrigações *erga omnes*, é possível melhorar o balizamento do conceito. Observando a posição das Cortes nos casos analisados e se as proporções atingidas pelo conceito de obrigações *erga omnes* serviram para um aumento injustificável do seu uso ou apenas melhoram a fundamentação das demandas, na busca da proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional.

## **1. O NASCIMENTO DA NOÇÃO NAS DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: CASO BARCELONA TRACTION**



A sociedade internacional possui como principal ator o Estado soberano, o qual determina livremente seus atos e encontra o limite de suas ações apenas na liberdade de outro Estado, o que faz com que todos sejam entes jurídicos formalmente iguais em direitos e em deveres. Assim, se todos têm o direito à soberania, possuem também o dever de não interferência nos assuntos internos alheios.

Embora a igualdade seja uma situação ideal, a ausência de um ente central superior que controle as ações Estatais acaba gerando certos impasses no cenário internacional e, para tentar estabelecer uma convivência harmoniosa, a responsabilidade internacional surge como um mecanismo necessário para regular as relações entre esses entes jurídicos. Todavia, de acordo com Pellet<sup>581</sup>, a falta de um poder central torna a matéria delicada, visto que não há nada que possa obrigar o respeito às normas por meio do monopólio da violência, como acontece no âmbito interno.

Um Estado deve ser responsabilizado pelo cometimento de atos ilícitos cometidos internacionalmente. O dever de não cometimento dessa ilegalidade pode estar previsto tanto em tratados como em normas imperativas do direito internacional. Mas somente o Estado atingido, se houver, possui legitimidade para invocar sua responsabilidade ou outros Estados também podem possuir tal interesse?

A resposta a essa pergunta se encontra em um desenvolvimento recente do direito internacional, no qual todo Estado, em razão de ser membro da comunidade internacional, possui o interesse legal na proteção de algumas obrigações essenciais, ainda que não tenha sido prejudicado diretamente pela violação daquelas. Essa expansão no conceito da responsabilidade internacional invoca o conceito de obrigações *erga omnes*, as quais são inerentes a todos os Estados, oriundas do direito consuetudinário ou de instrumentos de direito internacional de caráter universal ou quase universal e possuidoras de caráter vinculante. Frequentemente definidas pela doutrina internacional por meio da decisão da Corte no Caso Barcelona Traction

Essas obrigações, todavia, não são nem absolutas nem injustificadas. Em particular, uma distinção essencial deve ser feita entre obrigações de um

---

<sup>581</sup> PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc, *Direito Público Internacional*, 7ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p.776.



Estado perante a comunidade internacional como um todo, e aquelas resultantes vis-à-vis a outro Estado no campo da proteção diplomática. Pela sua natureza o anterior concerne a todos os Estados. Em ordem de importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser assegurados para ter um interesse jurídico na sua proteção, essas são obrigações *erga omnes*.

Essas obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, dos atos de agressão ilegais, no genocídio e também nos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns desses direitos correspondentes têm sido incorporados ao corpo do direito internacional geral, outros são conferidos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal.<sup>582</sup>

Percebe-se, a partir do trecho acima, que de acordo com a opinião da Corte, as obrigações *erga omnes* possuem duas características essenciais<sup>583</sup>:

(a) Contraem-se ante toda a comunidade internacional ou ante todos os Estados partes de um mesmo Tratado

(b) Incorporam valores essenciais para a comunidade internacional

A primeira característica diz respeito ao interesse do Estado em proteger a obrigação *erga omnes*, mesmo quando não diretamente injuriado, pois a sua infração representaria uma afronta a toda a comunidade internacional, inclusive a ele como parte de tal sistema. O problema na interpretação desse conceito se dá, na doutrina contemporânea, quando se analisa a fonte da obrigação *erga omnes*, descrita na parte da sentença que menciona os instrumentos de caráter universal ou quase

---

<sup>582</sup> “(...) *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, others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character*”. The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports, 197, p.32, para. 32-33. Todos os textos foram traduzidos pela autora do artigo.

<sup>583</sup> “*De manera que la expresión ‘frente a todos’ se traduce por ‘frente a toda la comunidad internacional’ (...). Las obligaciones erga omnes incorporan valores esenciales para la comunidad internacional, por lo que no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume el compromiso en cuestión, sino el contenido material de dicho compromiso*”. ROMERO, Alicia Cebada. Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. 1967, p.3.



universal, pois alguns autores entendem que com isso a Corte daria abertura a tratados regionais ou comunitários estabelecerem obrigações *erga omnes*. Todavia, a interpretação mais convincente é a que todos os Estados (membros da comunidade internacional) devem possuir o interesse legal em protegê-las, até porque são atingidos por elas. Ou, no caso das obrigações *erga omnes partes*, todos os Estados membros de um Tratado possuem o interesse legal em protegê-las por estarem vinculados a este instrumento. De modo que essa parte da sentença é uma indicação que as obrigações *erga omnes*, além de derivarem do direito internacional contemporâneo, são também protegidas por tratados internacionais<sup>584</sup>, pois tratados regionais ou comunitários não são interesse de todos os Estados e em nenhum momento a Corte afirma que eles possam criar obrigações com esse caráter.

A segunda característica, a qual se refere à importância dos direitos envolvidos, requer uma qualificação material não descrita pela Corte. Sabe-se que desde a 2ª Guerra Mundial, tem sido consenso entre os Estados que o direito internacional possui interesse em criar obrigações para proteger indivíduos e outras entidades não estatais, e as obrigações dessa categoria devem possuir como premissa certos valores fundamentais. Posto isto, a proteção desses valores pode coincidir com o interesse individual de um Estado, como em casos de agressão, mas na maioria das vezes, elas costumam transcender esse interesse e, como resultado, o sistema internacional pode reconhecer o papel a um terceiro Estado na sua manutenção<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> "Commentators interpreting para. 34 as an implicit recognition of obligations *erga omnes partes* do so with the proviso that these obligations would be owed not to the international community as a whole, but to the particular community of treaty parties. This, however, is not what the Court said: it did not mention communities of treaty parties, but quite clearly stated that all States (members of the international community) have a legal interest in seeing obligations *erga omnes* observed. This in turn suggests the these obligations indeed derive from general international law, since otherwise the Court would have recognized a legal interest of third States, not parties to the relevant treaty in seeing its terms observed. As has been recognizes in very exceptional circumstances (notably under article 35 VCLT), and the more convincing interpretatios is that all States have a legal interest in the observation of obligations *erga omnes* because they themselves are bound by it". TAMS, Cristian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge. 2005, p.122.

<sup>585</sup> "There has long been a consensus, at least since the Second World War, that international Law may have na interest in creating obligations for the benefit of individuals and other non-State entities, such as units of self-determination, international organizations, etc. Other obligations in this category rest on the premise that certain values are fundamental, and are therefore owed to the international community as a whole. The protection of these values may coincide with individual State interests. As a result, the international system may recognize a role for third States in their enforcement even if they are not directly injured". OKAWA, Phoebe. *Admissibility and the law in international responsibility*. International Law, EVANS, Malcolm D. London: Oxford. 2010. P. 491.



Para buscar quais são esses valores fundamentais que transcendem o interesse direto do Estado, pode-se buscar respaldo na jurisprudência da Corte, bem como em princípios essenciais do direito contemporâneo ou normas pertencentes ao interesse da comunidade internacional como um todo<sup>586</sup>.

Assim, em seu *dictum* no Caso Barcelona Traction, os juízes da Corte solidificaram a definição do conceito de obrigação *erga omnes*, mostrando que, ainda que se viva em uma sociedade plural, com respeito a todas as soberanias, há obrigações que protegem valores comuns a todos os Estados. A Corte trata essa possibilidade em casos como a Aplicação da Convenção para a Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia - 1996), Caso Timor Leste (Portugal v. Austrália - 1995), na Opinião Consultiva sobre a Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina (2004) e no recente Caso relativo à Obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica v. Senegal - 2009).

## 2. DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

A Corte, atuando como um órgão jurisdicional do sistema das Nações Unidas, deparou-se com algumas controvérsias sobre o assunto, ao longo de sua existência. Foram escolhidos alguns casos julgados pela CIJ para serem analisados em suas questões correspondentes às obrigações *erga omnes*.

### 2.1 Caso Timor Leste

O primeiro caso a ser analisado, referente a invocação de responsabilidade internacional por um Estado que não foi lesado é o entre Portugal e Austrália, relativo ao Timor Leste, iniciado em 1991 e julgado em 1995. Nele, Portugal acusou a Austrália de ter violado o princípio da autodeterminação e a integridade territorial do Timor Leste. A questão a ser esclarecida, a princípio, é que o Timor Leste foi território de Portugal até 1975, quando com o apoio de tropas Indonésias a

---

<sup>586</sup> "Apart from general references to the importance of obligations, the Court and its members have for example recognised the *erga omnes* status of obligations deriving from 'essential princple[s] of contemporary law', or rules making up 'the basic tenets of modern international law'". TAMS, Cristian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge. 2005, p.129.



população se libertou de Portugal e passou a ser controlada de forma violenta e ilegal<sup>587</sup> pela Indonésia.

Portugal acusou a Austrália de negociar com a Indonésia um território que não a pertencia, reconhecendo o domínio da Indonésia sobre a população do Timor Leste e violando o princípio da autodeterminação dos povos. A exploração desse território afrontaria também o princípio da territorialidade. Tendo em vista que a Indonésia não aceitava a jurisdição da Corte Internacional de Justiça, a acusação de Portugal foi vista pela comunidade internacional mais como uma forma de obter o reconhecimento da Corte quanto ao direito de autodeterminação do Timor Leste do que uma acusação de ilegalidade cometida pela Austrália, ainda que Portugal tenha afirmado o contrário. A Corte optou por não julgar o mérito do caso, pois a sua decisão diria respeito à ação de um terceiro Estado, a Indonésia, o qual não havia aceitado sua jurisdição. E afirmou que, por mais que o reconhecimento da autodeterminação dos povos seja uma obrigação *erga omnes*, ela não poderia proferir uma decisão que dissesse respeito a conduta de um terceiro Estado que não aceita a sua jurisdição voluntariamente.

“Na visão da Corte, a declaração de Portugal que o direito das pessoas à autodeterminação, derivado da Carta e da prática das Nações Unidas, possui um caráter *erga omnes* é irrefutável. O princípio de autodeterminação dos povos tem sido reconhecido pela Carta das Nações Unidas bem como pela jurisprudência da Corte (...) como um dos princípios essenciais do direito internacional contemporâneo. Entretanto, a Corte considera que o caráter *erga omnes* de uma norma e a regra de consentimento da jurisdição são duas coisas diferentes. Qualquer que seja a natureza da obrigação invocada, a Corte não pode decidir sobre a ilegalidade da conduta de um Estado quando seu julgamento implicaria na avaliação da ilegalidade da conduta de outro Estado que não é parte do caso. Nesse caso, a Corte não pode agir, mesmo se o direito em questão seja um direito *erga omnes*.”<sup>588</sup>

---

<sup>587</sup> A questão do Timor Leste foi matéria de duas resoluções do Conselho de Segurança e oito resoluções da Assembleia Geral da ONU. Nomeadamente, Security Council resolutions 384 (1975) of 22 December 1975 and 389 (1976) of 22 April 1976, e General Assembly resolutions 3485 of 12 December 1975, 31/53 of 1 December 1976, 32/34 of 28 November 1977, 33/39 of 13 December 1978, 34/40 of 21 November 1979, 35/27 of 11 November 1980, 36/50 of 24 November 1981 and 37/30 of 23 November 1982.

<sup>588</sup> Do original: “In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (*see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 277 (1970), Advisory Opinion, I.C.J Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J Reports 1975, pp.31-33, paras. 54-59*); it is one of the essential principles of





No julgamento, a Corte tratou da questão procedimental, e não deu nenhuma explicação do que significaria o caráter *erga omnes* dos direitos alegados terem sido cometidos pela Austrália<sup>589</sup>. Assim, demonstrou precaução para não interferir na soberania de um Estado que não tenha aceitado voluntariamente a sua jurisdição. Demonstrou também uma postura distante em relação à responsabilização internacional provocada por um Estado que não o diretamente prejudicado. Pois ainda que Portugal tenha colonizado o Timor Leste e possua status internacional de administrador, na prática o território estava sobre o domínio da Indonésia e Portugal não havia sido diretamente prejudicado.

## 2.2 Aplicação da Convenção de Repressão e Punição do Crime de Genocídio

Outro caso importante que trata da questão das obrigações *erga omnes* é o da Aplicação da Convenção de Repressão e Punição do Crime de Genocídio, julgado no ano de 1996 e com revisão em 2001, demandada por Bósnia e Herzegovina referente aos eventos ocorridos na Bósnia no período entre 1992 a 1995. Nesse caso, a Corte enquadrou a obrigação de não cometer genocídio, encontrada na Convenção, como deveres perante todos os Estados. Pois, em sua concepção, a proibição de cometer genocídio apresenta um caráter universal, ou seja, é uma obrigação *erga omnes*, e por isso todos os Estados têm o dever de preveni-lo e puni-lo, de modo que a Convenção não representa um limite territorial.

“A Corte não vê nada nessa provisão que poderia tornar a aplicabilidade da Convenção sujeita a condição que os atos contemplados por ela deveriam ter sido cometidos dentro do contexto de um tipo particular de conflito. As partes contratantes expressamente manifestaram neste testemunho considerarem genocídio como “um crime sob o direito internacional”, o qual elas devem prevenir e punir independentemente do contexto de “paz” ou de “guerra” no qual aconteça. (...) Isso afirma que os direitos e obrigações consagrados pela Convenção são direitos e obrigações *erga omnes*. A Corte

---

contemporary international law. However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*.” East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J Reports, 1995. P.102. para. 29.

<sup>589</sup> Vide, outros comentários à sentença do caso Timor Leste (1995) e relações de obrigações *erga omnes* com normas de *ius cogens*, ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of modern international Law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.386



nota, desse modo, que a obrigação que cada Estado tem de prevenir e punir o crime de genocídio não é territorialmente limitada pela Convenção”<sup>590</sup>.

Nesse caso, o que está em jogo é uma obrigação diante da comunidade como um todo e não uma obrigação direta que atinja um país especificamente. De modo que a Corte auxiliou a consolidação jurisprudencial do conceito de obrigação *erga omnes*. Entretanto a declaração da Corte nesse caso foi sobre a responsabilidade universal de prevenir e punir o crime de genocídio, e não sobre quem seria legitimado para invocar a responsabilidade de outro país que tenha descumprido sua obrigação. Isso porque a Bósnia e Herzegovina foi diretamente afetada pelas ações Sérvias. E, após o reconhecimento pela Corte de que a Sérvia havia cometido uma ilicitude, o pedido daquela foi automaticamente analisado, não questionando se o Estado demandante possuiria legitimidade de pedir, pois foi claramente o prejudicado.

### **2.3 Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina**

Em 2004, a Corte se deparou com mais uma questão sobre obrigações *erga omnes*. Dessa vez, uma opinião consultiva demandada pela Assembleia Geral sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina. Israel iniciou a construção do Muro para, segundo o governo Israelense, evitar a infiltração de terroristas no território de Israel<sup>591</sup>. Em sua opinião, a CIJ discutiu a existência de consequências jurídicas para terceiros Estados, como resultado da falta de respeito ao direito de autodeterminação da população palestina e do não cumprimento de obrigações de direito internacional humanitário, cometidos por

---

<sup>590</sup>Do original: "The Court sees nothing in this provision which would make the applicability of the Convention subject to the condition that the acts contemplated by it should have been committed within the framework of a particular type of conflict. The contracting parties expressly state therein their willingness to consider genocide as "a crime under international law", which they must prevent and punish independently of the context "of peace" or "of war" in which it takes places. (...) It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention." Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia), Judgment, ICJ Reports, 1996. P.616. para. 31.

<sup>591</sup> As justificativas da construção do Muro dadas pelo governo de Israel podem ser encontradas no artigo escrito por NETANYAHU, Benjamin. *Entenda por que Israel precisa de uma cerca*. Disponível em <<http://www.beth-shalom.com.br/artigos/entenda.html>>. Acesso em 02 jun. 2013.



Israel. De acordo com Crawford<sup>592</sup> a corte preferiu raciocinar primeiro sobre o fato das normas em questão constituírem direitos e obrigações *erga omnes*, inclusive já caracterizadas como tal pela jurisprudência anterior da Corte no caso do Timor Leste, para em seguida considerar afirmar que todos os Estados e especialmente a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança deveriam fazer o possível para fazer cessar a situação<sup>593</sup>.

“Dado o caráter e a importância dos direitos e obrigações envolvidas, a Corte é a favor da visão que todos os Estados estão sob a obrigação de não reconhecer a situação ilegal resultante da construção do Muro no Território Ocupado da Palestina, incluindo as proximidades de Jerusalém Leste. Eles estão também sob a obrigação de não oferecer ajuda nem assistência para a manutenção da situação criada por essa construção<sup>594</sup>”

Assim, a decisão foi no sentido de constatar a ilegalidade da construção do Muro, o qual serviria para limitar a possibilidade de autodeterminação dos povos e afronta os direitos humanos dos palestinos, como a própria liberdade de ir e vir, e também de determinar que os Estados em geral não devem reconhecer como normal a situação da ilegalidade aferida. Demonstrando que em assunto de obrigações *erga omnes*, terceiros Estados também possuem o dever de respeitá-las, independentemente da participação em um instrumento formal.

Nota-se que em sua decisão a Corte fez referência ao artigo 41 da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade Estatal em 2001 sem,

---

<sup>592</sup>“ (...) The Court (...) reasoned first that the norms in question constituted rights and obligations *erga omnes* and then held that ‘given the character and the importance of the rights and obligations involved’, other than States were under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the Wall, and were under an obligation not to render aid and assistance in maintaining the situation thereby created, as well as an obligation ‘while respecting the United Nations Charter and international law to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end’”. CRAWFORD, James and OLLESON, Simon. *The nature and forms of international responsibility. International Law* (third edition). EVANS, Malcolm D. London: Oxford, 2010.

<sup>593</sup> “Finally, the Court is of the view that the United Nations, and specially the General Assembly and the Security Council, should consider that further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion”. Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory. Advisory Opinion, ICJ, 2004. P.200. para. 160.

<sup>594</sup> “Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction”. Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory. Advisory Opinion, ICJ, 2004. P.200. para. 159.



entretanto, mencioná-lo diretamente. O artigo 41 em seu parágrafo 2º diz que nenhum Estado deve reconhecer como legal uma situação criada pelo desrespeito do artigo 40, nem ajudar ou dar assistência para a manutenção da situação.

#### **2.4 Questões Relacionadas à Obrigação de Processar ou Extraditar**

Por fim, a mais recente decisão da Corte sobre obrigações *erga omnes* é encontrada no caso entre Bélgica v. Senegal sobre a Obrigação de Processar ou Extraditar, de 2009. A história desse caso começa em 1982, no Chade quando assume a presidência por oito anos o Mr. Hissène Habré, após uma revolução, e durante seu mandato comete diversas violações aos direitos humanos, como prisões de oponentes políticos, detenções sem julgamento ou sob condições desumanas, maus tratos, tortura, desaparecimentos forçados e execuções extra judiciais<sup>595</sup>. Deposto em dezembro de 1990, Mr. Habré fugiu para o Senegal, onde conseguiu asilo político. Diante de um grande número de processos relatando os crimes cometidos durante a presidência instituídos perante a Corte Belga e Senegalesa (antiga colônia), por nacionais do Chade e Belgas em associação com as vítimas, a Bélgica faz um pedido formal ao Senegal que processe e julgue o antigo líder do Estado do Chade. Pedido este que é recusado pela alta Corte Senegalesa, alegando que ele possuía asilo político no país. A Bélgica então, segue todos os procedimentos da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, a qual ambos fazem parte, pedindo que o Senegal processe ou extradite para a Bélgica, afim de que ela possa processá-lo. Diante das negativas e do silêncio do governo de Senegal, essa decide então entrar com o pedido na Corte Internacional de Justiça, alegando que Senegal violou a Convenção contra Tortura da ONU.

Senegal afirma que a Bélgica não tem interesse legítimo na demanda, uma vez que os crimes alegados foram no território do Chade, e não teria a Bélgica nenhuma relação com isso, não havendo disputa entre as partes<sup>596</sup>. A Bélgica alegou que como parte da Convenção contra a Tortura, teria sim interesse no caso e pautou

---

<sup>595</sup> Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports, 2012. P. 11. Para. 16.

<sup>596</sup> Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports, 2012. P. 18-19.



seu pedido nos art. 6, parágrafo 2 e artigo 7º. Parágrafo 1 da referida Convenção<sup>597</sup>. A Corte, dessa vez adotando uma postura ativa e menos distante afirmou que confiando no objetivo e propósito da Convenção, o que é “fazer mais efetiva a luta contra a tortura... através do mundo”. Para a Corte

“Os Estados partes da Convenção possuem um interesse comum em assegurar, com vistas nos seus valores compartilhados, que os atos de tortura sejam prevenidos e que, se ocorrerem, seus autores não gozem de impunidade, independentemente da nacionalidade do acusado e das vítimas, ou do lugar onde foram cometidas as ofensas alegadas”<sup>598</sup>.

A Corte considerou que o interesse em fazer cumprir as obrigações determinadas na Convenção é comum para todos os Estados parte, pois há um “interesse legal” na proteção dos direitos envolvidos, não necessitando ser apenas o Estado diretamente prejudicado a invocar esses direitos. E na continuação, a Corte explica que essa obrigação é “*erga omnes partes*” e cita os parágrafos mencionados acima do caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited.<sup>599</sup> para definir o conceito desse tipo de obrigação. Entretanto, é importante ressaltar que a Corte diz “*erga omnes partes*”, isto é, essas obrigações são vinculadas à Convenção de Tortura e dizem respeito aos Estados parte dela<sup>600</sup>. Caso utilizasse o conceito apenas de obrigações *erga omnes*, seria baseando-se no direito costumeiro, o que é possível, porém a Corte optou pelo fundamento contratual, para poder vincular Senegal à sua jurisdição, uma vez que a Convenção prevê, em seu artigo 30º, que a Corte será o

---

<sup>597</sup> “Artigo 6º - 1. Todo Estado-parte em cujo território se encontre uma pessoa suspeita de ter cometido qualquer dos crimes mencionados no artigo 4º, se considerar, após o exame das informações de que dispõe, que as circunstâncias o justificam, procederá à detenção de tal pessoa ou tomará outras medidas legais para assegurar sua presença. A detenção e outras medidas legais serão tomadas de acordo com a lei do Estado, mas vigorarão apenas pelo tempo necessário ao início do processo penal ou de extradição. 2. O Estado em questão procederá imediatamente a uma investigação preliminar dos fatos.” E “Artigo 7º - 1. O Estado-parte no território sob a jurisdição do qual o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no artigo 4º for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, nos casos contemplados no artigo 5º, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado.” BRASIL. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Decreto Nº 6.085, de 19 de abril de 2007.

<sup>598</sup> *The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity.*” Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports, 2012, p.26, para.68.

<sup>599</sup> The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports, 197, p.32, para. 33.

<sup>600</sup> “These obligations may be defined as “obligations *erga omnes partes*” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case.” Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports, 2012, p.26, para.68.



órgão para solucionar as controvérsias de interpretação ou aplicação da mesma, caso o recurso à arbitragem não surta efeito<sup>601</sup>. Essa passagem faz referência à distinção anterior sobre as fontes da obrigação *erga omnes*, e é possível perceber que ainda que a Corte tenha preferido utilizar como vínculo jurídico um tratado quase universal, a Convenção de Genocídio, é já pacificado pela sua própria jurisprudência<sup>602</sup> que o não cometimento de genocídio é de interesse de toda a comunidade internacional.

### 3. A características da noção contemporânea de obrigação *erga omnes* na Corte.

A Corte em 1970 definiu o conceito utilizado até hoje do que seriam obrigações *erga omnes* e os exemplificou por meio de um rol não exaustivo, que inclui ‘a proibição de atos de agressão ilegais’, o genocídio e também os princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa como, ‘como a proteção contra a escravidão e a discriminação racial’<sup>603</sup>. Desde então, como foi visto, a Corte reconhece o direito de autodeterminação como pertencente a essa categoria, bem como as obrigações de direito internacional humanitário, a qual descreveu previamente como ‘princípios intransigíveis do direito consuetudinário internacional’<sup>604</sup>.

O problema discutido pela doutrina contemporânea se mantém em relação a caracterização dessas obrigações feita pela Corte Internacional de Justiça. Enquanto alguns autores como Tams<sup>605</sup> defendem que o *dictum* dado pela Corte no caso Barcelona é extremamente vago e poderia, como de fato dá, ensejo a uma enorme abertura, o que justificaria a sua atribuição a diversas situações. E, se antes o

---

<sup>601</sup> “Artigo 30 - As controvérsias entre dois ou mais Estados-partes, com relação à interpretação ou aplicação da presente Convenção, que não puderem ser dirimidas por meio de negociação, serão, a pedido de um deles, submetidas à arbitragem. Se, durante os seis meses seguintes à data do pedido de arbitragem, as Partes não lograrem pôr-se de acordo quanto aos termos do compromisso de arbitragem, qualquer das Partes poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante solicitação feita em conformidade com o Estatuto da Corte.” BRASIL. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Decreto Nº 6.085, de 19 de abril de 2007.

<sup>602</sup> Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia), Judgment, ICJ Reports, 1996. P.616. para. 31.

<sup>603</sup> The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports, 197, p.32, para. 33

<sup>604</sup> Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory. Advisory Opinion, ICJ, 2004. P.200. para. 159.

<sup>605</sup> “Rather than purely concerned with questions of standing and law enforcement, the term ‘erga omnes’ has become a legal vademecum prescribed to produce a wide array of legal effects”. TAMS, Christian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge. 2005, p.115.



conceito possuía um limite prático muito pequeno, a jurisprudência da Corte os tornou muito importantes, gerando uma excessiva utilização. Posner<sup>606</sup> corrobora com sua teoria e defende que as obrigações *erga omnes* geram muitas ações predatórias entre os Estados, pois Estados não diretamente envolvidos estariam se aproveitando desses conceitos para invocarem a responsabilidade internacional de forma desenfreada.

Entretanto, é possível balizar o conceito baseando-se nos exemplos dado pela Corte no caso Barcelona e confirmado com as outras utilizações do termo, em sua jurisprudência. Essa comparação foi feita por Ragazzi<sup>607</sup> revela a existência de cinco elementos em comum:

- “(a)Os quatro exemplos relatam estritamente obrigações definidas (atos de agressão ilegais, em vez do termo mais abrangente, uso ilegal da força; atos ilegais de genocídio, em vez de crimes contra a humanidade, proteção contra a escravidão, em vez de todos os tipos de restrição de liberdade; proteção a discriminação racial, em vez de todos os tipos de discriminação).
- (b)Enquanto dois dos quatro exemplos são expressos nos termos da ilegalidade de certas práticas, e os outros dois são expressos no termos de proteção a certas outras práticas, os quatro exemplos são essencialmente negativas de obrigações (ou proibições), ao invés de obrigações positivas.
- (c)Os quatro exemplos são de ‘obrigações’ ou ‘deveres’ no sentido estrito, para a exclusão de outras concepções fundamentais legais.
- (d)Todos os quatro exemplos derivam de regras do direito internacional geral pertencentes ao *ius cogens* e codificadas por tratados internacionais, os quais um grande número de Estados participam.
- (e)Todos os quatro exemplos são obrigações que servem de instrumento para os principais propósitos políticos atuais, nomeadamente a preservação da paz e a promoção dos direitos fundamentais do ser humano, o que reflete valores morais e principalmente dignidade da vida humana.”

---

<sup>606</sup> Uma análise descritiva da teoria de Poner em relação as obrigações *erga omnes* pode ser encontrada em STREMITZER, Alexander. *Erga Omnes Norms and the Enforcement of International Law*. 2009, p.3 – 5.

<sup>607</sup> “(1) All four examples relate to narrowly defined obligations (outlawing of aggression rather than, more broadly, the illegal use of force; outlawing of genocide rather than, more broadly, crimes against humanity; protection from slavery rather than, more broadly, all kinds of restriction of freedom; protection from racial discrimination, rather than, more broadly, all kinds of discrimination). (2) While two of the four examples are expressed in terms of the ‘outlawing’ of certain practices, and the other two in terms of the ‘protection from’ certain others practices, all four examples are essentially those of negative obligations (or prohibitions), rather than positive obligations. (3) All four examples are those of ‘obligations’; or ‘duties’, in the strict sense (what ‘one ought or ought not to do’), to the exclusion of other fundamental legal conceptions. (5) All four examples are those of obligations deriving from rules of general treaties to which a large number of states have become parties. (5)All four examples are those of obligations instrumental to the main political objectives of the present time, namely the preservation of peace and the promotion of the fundamental human rights, which in turn reflect basic goods (or moral values), first and foremost life and human dignity” RAGAZZI, Maurizio. *International Obligations Erga Omnes: Their Moral Foundation and Criteria of Identification in Light of Two Japanese Contributions* – p. 475



O autor sugere que esses elementos não devem ser vistos como critério que todas as obrigações internacionais devem satisfazer para serem obrigações *erga omnes*, mas devem balizar o seu uso pelos advogados e autores e também providenciar um guia útil <sup>608</sup> para a análise de outros candidatos a obrigações *erga omnes*. E de fato podemos ver nos casos que as obrigações determinadas pelo Corte como tais costumam se aproximar desses critérios, ainda que não totalmente, mas sempre respeitam as duas proposições iniciais da sentença de 1970 sobre a questão ser de interesse de toda a comunidade e versar sobre valores fundamentais para toda a humanidade.

## CONCLUSÃO

O dever de cumprir com obrigações que correspondem ao interesse legal todos os Estados, simplesmente por fazerem parte da comunidade internacional é uma importante condição para a convivência internacional. A partir da breve análise, apreende-se que essas obrigações são *erga omnes*, ou seja, pertencentes a todos os Estados, pois a sua preservação é de interesse geral. A Corte vem consolidando esse conceito em sua jurisprudência. Todavia, devido a simplicidade de sua definição dada pela Corte no caso Barcelona Traction, ainda há muitas divergências sobre as características desse conceito pela doutrina. Essa discussão é fundada pela apreensão dos autores de uma excessiva utilização, devido às diversas interpretações que lhe podem ser atribuídas.

Desde a primeira definição do termo pela Corte, no caso Barcelona Traction, pode-se notar que a Corte incorporou ao status de obrigação *erga omnes* o respeito a autodeterminação dos povos, no caso Timor Leste (1995), ainda que por questões procedimentais não tenha julgado o mérito do caso. Em seguida, no caso da Aplicação da Convenção do Genocídio, entre Bósnia e Herzegovina v. Sérvia. (1996) a Corte reafirmou a proibição do cometimento de genocídio como pertencente a categoria de obrigações *erga omnes* e consolidou essa posição no último caso

---

<sup>608</sup> Sugestão dada pelo autor sobre a importância da caracterização dessas obrigações. "And yet, while merely descriptive, these Five common elements may and do provide a useful framework of analysis of additional candidates of obligations *erga omnes*" RAGAZZI, Maurizio. *International Obligations Erga Omnes: Their Moral Foundation and Criteria of Identification in Light of Two Japanese Contributions*. P.475





analisado, Sobre a Obrigação de Processar ou Extraditar entre Bélgica v. Senegal (2012), de forma arrojada, admitindo a demanda por um Estado que não o diretamente prejudicado, por esta ser de interesse de toda a comunidade e por isso pertencer a categoria de obrigações *erga omnes*.

Por fim, a análise da jurisprudência da Corte aliada as características interpretadas pela doutrina demonstram que o conceito de obrigações *erga omnes* não surgiu do nada, e sim foi fruto do desenvolvimento de diversos pronunciamentos judiciais, contestações feitas por autores e da prática estatal. Contudo, não há uma grande quantidade de casos julgados, tratados e doutrinas sobre o assunto.

### Referências Bibliográficas

BRASIL. **Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Decreto Nº 6.085, de 19 de abril de 2007

BROWNLIE, Ian. **System of the Law of Nations** – Part I. Oxford: Clarendon Press, 2001.

CIJ. **Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio** (Bósnia e Hezergovina v. Iugoslávia), Judgment, ICJ Reports, 1996 Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ybh&case=122&k=8d&p3=0>> Acesso em 03 jun. 2013

CIJ. **Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio** (Bósnia e Hezergovina v. Iugoslávia) ICJ rapports, 1993. Dissident opinion juiz ad hoc Kreca. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=8d&case=91&code=bhy&p3=4>> Acesso em 03 jun. 2013

CIJ. **East Timor** (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J Reports, 1995. Disponível em < <http://www.icj-ij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=pa&case=84&k=66&p3=0>> Acesso em 03 jun. 2013-06-03

CIJ. **Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory**. Advisory Opinion, ICJ, 2004. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=mwp&case=131&k=5a&p3=0>> Acesso em 03 jun. 2013.

CIJ. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports, 2012. Disponível em < <http://www.icj->



[cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bs&case=144&k=5e&p3=0](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bs&case=144&k=5e&p3=0)> Acesso em 03 jun. 2013.

CIJ. **The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.** (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports 1970. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt2&case=50&k=1a&p3=0>> Acesso em 03 jun. 2013.

EVANS, Malcolm D. **International Law**, London: Oxford. 2010

GOODWIN-GILLAND, Guy S. and TALMON Stefan. **The Reality of International Law.** Oxford: Clarendon Press, 2003.

KATTAN. Victor. **The wall, obligations erga omnes and human rights: the case for withdrawing the european community's terms of preferential trade with Israel.** Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=993462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=993462)> Acesso em 03 jun 2013

LOWE. Vaughan and FITZMAURICE. Malgosia. **Fifty years of the International Court of Justice.** Cambridge: Cambridge University Press

NETANYAHU, Benjamin. **Entenda por que Israel precisa de uma cerca.** Disponível em <<http://www.beth-shalom.com.br/artigos/entenda.html>>. Acesso em 02 jun. 2013

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc, **Direito Público Internacional**, 7ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003

POSNER. Eric A. **Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law.** Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1211424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1211424)>. Acesso em 03 jun. 2013.

RAGAZZI. Maurizio. **International Responsibility Today Essay in Memory of Oscar Schachter.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 2005.

ROMERO, Alicia Cebada. **Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.** 1967

ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of modern international Law.** Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004

STREMITZER, Alexander. **Erga Omnes Norms and the Enforcement of International Law.** 2009 Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1187579](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1187579)> Acesso em 03 jun. 2013.



TAMS, Christian J. and Tzanakopoulos. **Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development.** Disponível em <  
<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=7926007&jid=LJL&volumeId=23&issueId=04&aid=7926005>> Acesso em 03 jun. 2013.

TAMS, Cristian J. **Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law.** Cambridge. 2005



## NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL ANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Eduardo Motta de Moraes<sup>609</sup>

**RESUMO:** O presente artigo analisa a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça em relação a normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*). Por muito tempo relutante em aceitar a existências de tais normas, recentemente a Corte reconheceu o caráter peremptório de certas normas. De qualquer maneira, ainda dá-se uma aplicação restritiva a normas desse tipo em sua aplicação pela CIJ.

**Palavras-chave:** *Jus Cogens*; Normas Peremptórias; Corte Internacional de Justiça.

**ABSTRACT:** This paper analyses the case law of the International Court of Justice in relation to peremptory norms of international law (*jus cogens*). For very long the Court has been reluctant in accepting the existence of norms having this status. Nevertheless, the ICJ recognized the peremptory character of certain norms. Notwithstanding this, the application given to this kind of norms by the ICJ is still restrictive.

**Keywords:** *Jus Cogens*; Peremptory Norms; International Court of Justice.

### INTRODUÇÃO

O termo *jus cogens* é relativamente recente e se consolidou com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. O conceito de norma imperativa – ou seja, que não pode ser derogada por tratados – entretanto, data de muito antes. No âmbito internacional por algum tempo foram motivo de controvérsia; porém, atualmente, é inegável a sua existência nesse cenário, tendo sido reconhecidas inclusive pela Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte), principal órgão judiciário das Nações Unidas.

A Corte, por muito tempo relutou em aceitar a ocorrência de normas peremptórias no direito internacional, utilizando-se, por vezes, de outros conceitos até certo ponto relacionados com *jus cogens*, como normas de aplicação *erga omnes*. Há alguns anos, entretanto, em seu julgamento do *Caso das Atividades Armadas*

---

<sup>609</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do *Ius Gentium* - Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq.



(*República Democrática do Congo v. Ruanda*), em 2006, passou a concordar com a existência de normas imperativas de direito internacional de maneira inequívoca.

Seguindo essa linha, a CIJ passou, após o julgamento de 2006, a utilizar-se do conceito de normas de *jus cogens* sempre que necessário. Algumas vezes, todavia, apesar de não descartar a possibilidade de normas invocadas pelas partes serem peremptórias, a Corte omitiu-se e não classificou as normas como possuidoras de caráter de *jus cogens*, deixando sua conceituação em aberto.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O conceito de *jus cogens* no direito interno está vinculado ao Direito Romano, que já reconhecia normas absolutas (*jus publicum*) e as diferenciava das normas permissivas (*jus dispositivum*).<sup>610</sup> Negócios jurídicos realizados em contrariedade com normas do primeiro tipo eram facilmente anuláveis pelo judiciário<sup>611</sup>.

A primeira vez que o termo *jus cogens* é apresentado, juntamente com sua conceituação jurídica, é no século XIX, pela Escola Pandectista.<sup>612</sup> Referia-se a regras cuja imposição independe do consentimento de seus destinatários.<sup>613</sup>

Relaciona-se, também, a noção de *jus cogens* à de *ordre public* (os princípios norteadores de uma sociedade) no direito interno. Robledo não iguala o conceito de *jus publicum* ao de *ordre public*, mas os compara e chama ambos de *jus cogens*.<sup>614</sup> Toda norma de *ordre public* é também norma de *jus cogens*, diz Alexidze, mas não o contrário, já que normas de direito positivo *expressis verbis* que não permitem derrogação por estados em relações bilaterais são de *jus cogens*, mas não de *ordre public*.<sup>615</sup>

---

<sup>610</sup> ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law. *Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*. 1981. v. 172. p. 233

<sup>611</sup> Ibid. p. 234

<sup>612</sup> Ibid. p. 233

<sup>613</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 26

<sup>614</sup> ROBLEDOS, Antonio Gómez. *Le Jus Cogens International : Sa Genèse, Sa Nature, Ses Fonctions*. *Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*, 1981, v. 172, p. 19

<sup>615</sup> ALEXIDZE. Ibid. p. 241



Alexidze comparou o direito interno ao direito internacional e concluiu que todo sistema jurídico tem em comum o fato de que regras de *jus cogens* são resultado da vontade geral.<sup>616</sup> No direito internacional, essa vontade é a vontade geral dos estados, que, na visão de Alexidze, são os principais sujeitos de direito internacional e os únicos aptos a criarem leis nesse ordenamento jurídico.<sup>617</sup> Podem-se comparar, destarte, os dois sistemas analogicamente.

Civilistas, porém, indicaram problemas com a analogia entre direito privado e o direito das gentes. A hierarquia constitucional do direito interno não se faz presente no direito internacional, além de este não possuir a consistência e efetividade daquele.<sup>618</sup> No âmbito interno, o *jus cogens* expressa noções de ordem amplamente aceitas;<sup>619</sup> no âmbito internacional, porém, um consenso geral dificilmente é alcançado.

Ainda assim, Bluntschli, ainda no século XIX, professa serem inválidos os tratados internacionais contrários a normas imperativas de direito internacional. F. Martens, na mesma esteira, descartava o efeito vinculante de tratados internacionais que restringissem ou violassem direitos básicos dos Estados.<sup>620</sup>

No início do século XX existia o reconhecimento de uma ordem moral superior. Diversos autores, como R. Philimore, A. Heffer e P. Fiore consideravam que os Estados não eram obrigados a cumprir tratados que contrariassem preceitos da moral e da justiça universal.<sup>621</sup>

Embora já fosse conhecida na doutrina internacional uma noção de normas absolutamente compulsórias que serviriam como critério de validade de tratados internacionais, apenas na década de 1930 o termo *jus cogens* passou a ser empregado.<sup>622</sup> Contudo, Pellet afirma: “Enquanto não tenho dúvida de que a existência de normas com um valor superior é tão antiga quanto o próprio direito internacional, a

---

<sup>616</sup> Ibid. p. 241

<sup>617</sup> Ibid. p. 244

<sup>618</sup> ROBLEDO. Ibid. p. 85

<sup>619</sup> STEPHAN, Paul B. The Political Economy of *Jus Cogens*. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 2011-14, 2011. p. 13

<sup>620</sup> FRIEDRICH. Ibid. p. 27

<sup>621</sup> FRIEDRICH. Ibid. p. 27

<sup>622</sup> ALEXIDZE. Ibid. p. 228



conceituação de *jus cogens* é recente e diretamente ligada à elaboração e adoção da Convenção de Viena".<sup>623</sup>

Nos anos 1950, a Comissão de Direito Internacional (CDI), criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, buscou uma espécie de ordem constitucional para o sistema legal internacional.<sup>624</sup> Desde o início, alguns dos membros da CDI ambicionavam incluir o *jus cogens* nessa discussão. Outros, todavia, opunham-se, alegando ser a comunidade internacional desprovida da necessária organização: não havendo um poder mundial centralizado, normas imperativas não teriam efetividade.<sup>625</sup>

Em 1966, definiu-se que o *jus cogens* deveria ser codificado no que viria a ser a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Durante os debates que precederam essa compilação, todavia, ainda havia grande divergência quanto ao conteúdo de normas peremptórias. Por acharem alguns Estados a redação do artigo 50 do projeto de artigos<sup>626</sup> (que veio a se tornar o artigo 53 da Convenção) muito vaga e imprecisa, adicionou-se que normas de *jus cogens* devem ser reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo. Além disso, a fim de evitar uma possível insegurança em relação à anulação de tratados, adicionou-se à Convenção o artigo 66(a), que prevê a CIJ como corte competente para interpretar a aplicação dos artigos referentes a *jus cogens* (53 e 64).

Ao fim, publicou-se o Artigo 53 da Convenção de Viena, que refletia uma indecisão entre os Estados presentes à Conferência de Viena, já que não definia quais normas seriam de *jus cogens*, ou como uma norma poderia tornar-se desse tipo.<sup>627</sup> É, portanto, muito genérico no que tange à identificação de normas com caráter peremptório. Ainda assim, alcançou-se um razoável consenso sobre a

---

<sup>623</sup> PELLET, Alain. Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of Jus Cogens as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation. *Finish Yearbook of International Law*. 2006. p. 89, tradução nossa. (While I have no doubt that the existence of norms of a superior value is as ancient as international law, the conceptualization of *jus cogens* is recent and tightly linked with the elaboration, then the adoption, of the Vienna Convention.)

<sup>624</sup> STEPHAN. Ibid. p. 14

<sup>625</sup> CRIDDLE, E. J.; FOX-DECENT, E. A Fiduciary Theory of Jus Cogens. *Yale Journal of International Law*, vol. 34, New Haven, 2009. p. 335

<sup>626</sup> "A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by subsequent norm of general international law having the same character". United Nations. Draft articles on the Law of Treaties. Official Records, 1969, p. 67

<sup>627</sup> Vienna Convention on the Law of treaties. Viena, 1969. Article 53



existência de normas peremptórias no direito internacional,<sup>628</sup> além de ter o artigo provido um conceito relativamente útil, na medida em que especifica como se dará a relação entre tratados e normas de *jus cogens* no âmbito internacional.<sup>629</sup>

## 2 *JUS COGENS* NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Encontram-se diversos exemplos de partes em casos levados à Corte Internacional de Justiça lançando mão de argumentos envolvendo normas peremptórias. No *Caso das Atividades Paramilitares (Nicarágua v. EUA)*,<sup>630</sup> a Nicarágua, em seu memorial, disse serem as normas da Carta das Nações Unidas parte do *jus cogens*.<sup>631</sup> Também no *Caso do Mandado de Prisão (República Democrática do Congo v. Bélgica)* utilizaram-se alegações envolvendo normas peremptórias. Segundo a República Democrática do Congo, violações de normas desse tipo deveriam ser o suficiente para se abrir uma exceção à regra de inviolabilidade de imunidade criminal.<sup>632</sup>

Opiniões independentes e dissidentes de juízes da Corte também há algum tempo mencionam normas imperativas de direito internacional. Já em 1966, no julgamento do caso da *Etiópia v. África do Sul*,<sup>633</sup> o Juiz Tanaka, em sua opinião dissidente, considera a existência de tais normas.<sup>634</sup> No *Caso da Plataforma Continental do Mar Egeu (Grécia v. Turquia)*,<sup>635</sup> de maneira ainda mais direta, o Juiz de Castro, na redação de sua opinião dissidente, fala de normas peremptórias citando o artigo 64 da

---

<sup>628</sup> ALEXIDZE. Ibid. p. 230

<sup>629</sup> GAJA, Giorgio. Jus Cogens beyond the Vienna Convention. *Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*. Vol. 172. 1981. p. 288

<sup>630</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports, 1984.

<sup>631</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Memorial of Nicaragua (Compensation), 1985 p. 328

<sup>632</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Memorial of the Democratic Republic of the Congo. 2001 p. 46

<sup>633</sup> *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, 1966.

<sup>634</sup> *South West Africa, Second Phase*, I.C.J. Reports p. 298

<sup>635</sup> *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, 1976.





Convenção de Viena.<sup>636</sup> O plenário da Corte, entretanto, relutou por muito tempo em servir-se do conceito de *jus cogens*.<sup>637</sup>

## 2.1 Caso relativo às Atividades Armadas no Território do Congo

Apenas no julgamento do *Caso das Atividades Armadas (República Democrática do Congo v. Ruanda)* viu-se vencida essa resistência da CIJ em reconhecer a existência de normas peremptórias de direito internacional. Na ocasião, a República Democrática do Congo (RDC) acusava Ruanda de ter perpetrado graves violações aos direitos humanos e ao direito humanitário internacional, alegando a quebra de diversas convenções internacionais. O caso – em conformidade com os parágrafos 2º e 3º do artigo 79 das Regras da Corte – teve suas questões de jurisdição e admissibilidade tratadas antes que se abordassem os méritos do pedido congolês. Como manda o supracitado artigo, a RDC enviou à Corte argumentos favoráveis à competência da Corte para julgar o caso, fazendo referência a normas peremptórias de direito internacional em alguns desses. É notório ser a norma que proíbe o genocídio uma norma de *jus cogens*.<sup>638</sup> Ruanda, ao fazer uma reserva a um tratado sobre o assunto<sup>639</sup> – excluindo, dessa forma, a competência da Corte para julgar o caso – não estaria agindo conforme o direito internacional, já que estaria indo contra o objeto e propósito da Convenção, fazendo com que a reserva fosse inválida, de acordo com a RDC. Da mesma forma, uma reserva similar ao artigo 22 da Convenção sobre Discriminação Racial<sup>640</sup> feita por Ruanda também seria inválida. Por fim, a RDC ainda

---

<sup>636</sup> *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports, 1978. p. 68*

<sup>637</sup> DAILLIER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. *Droit International Public*, 8. ed. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 224; ZIMMERMANN, Andreas. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 651

<sup>638</sup> DAILLIER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. *Ibid.* p. 205; ALEXIDZE, Levan. *Ibid.* p. 262

<sup>639</sup> Ruanda fez uma reserva ao artigo IX da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948). “Article IX: Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute”.

<sup>640</sup> Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966). “Article 22: Any dispute between two or more States Parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in the Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the international Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement”.



apresenta o artigo 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que, entre outras coisas, dispõe: "any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64", que regem a relação de conflitos entre tratados e normas peremptórias de direito internacional, "may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision". Ruanda, alegava a RDC, estaria evitando que a CIJ pudesse salvaguardar normas peremptórias e, por isso, suas reservas aos tratados seriam inválidas.

Em seu julgamento, a CIJ rejeitou todas as alegações apresentadas pela RDC.<sup>641</sup> Em relação à invalidade da reserva à Convenção sobre Genocídio, a Corte inicia afirmando que os princípios fundamentais dessa Convenção são reconhecidos pelas nações civilizadas como vinculantes a todos os Estados, mesmo sem obrigação convencional. Dessa forma, os direitos e obrigações consagrados pela Convenção são *erga omnes*.<sup>642</sup> Entretanto, a Corte ressalta que o caráter *erga omnes* de uma norma e a regra de consentimento à jurisdição são distintos, e que o mero fato de normas deste tipo estarem em discussão não confere à Corte jurisdição sobre o caso, já que o Estatuto da Corte prevê o consentimento das partes em todos os casos levados a julgamento<sup>643</sup>. O mesmo, diz a Corte, se aplica a normas de *jus cogens*.<sup>644</sup> Assim, a reserva feita por Ruanda em relação ao artigo IX da Convenção sobre Genocídio não pode, segundo a CIJ, ser considerada inválida.<sup>645</sup> De maneira análoga, a reserva em relação ao artigo 22 da Convenção sobre Discriminação Racial também não pode ser considerada inválida.<sup>646</sup> Finalmente, respondendo à invocação do artigo 66 da Convenção de Viena, a Corte relembra que mesmo se tratando de um caso envolvendo normas de *jus cogens*, o princípio que diz restar dependente do consentimento dos Estados à jurisdição da Corte não pode ser sobrepujado.

## **2.2 Caso relativo à Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**

---

<sup>641</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (New Application: 2002)*, I.C.J. Reports, 2006. § 128

<sup>642</sup> *Ibid.* § 64

<sup>643</sup> *Ibid.* § 64

<sup>644</sup> *Ibid.* § 64

<sup>645</sup> *Ibid.* § 69

<sup>646</sup> *Ibid.* § 78



No ano de 2007, ao julgar o *Caso da Aplicação da Convenção sobre Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro)*, novamente a CIJ referiu-se a normas de *jus cogens*. Em 1993, o governo da Bósnia e Herzegovina acusou, frente à CIJ, a então Iugoslávia (atual Sérvia) de violar a Convenção sobre Genocídio, além de outras violações. A Corte, ao julgar se tinha jurisdição sobre o caso, concluiu tê-la apenas em relação ao artigo IX da supramencionada Convenção,<sup>647</sup> o que significa que a mesma tinha competência para julgar somente disputas entre Estados partes em relação à interpretação, aplicação ou execução da Convenção, além de não poder julgar violações a normas internacionais não relacionadas à genocídio, mesmo sendo estas normas peremptórias.<sup>648</sup> Destarte – reafirmando seu julgamento de 2006 no qual indiscutivelmente afirma-se o status de *jus cogens* da norma que proíbe o genocídio<sup>649</sup> – a Corte julgou, *inter alia*, não ter a Sérvia cometido (ou conspirado para cometer) genocídio, mas apenas violado a obrigação de preveni-lo.<sup>650</sup>

### **2.3 Caso relativo às Questões concernentes à Obrigação de Processar ou Extraditar**

Já em 2012, no julgamento do caso *Bélgica v. Senegal*, mais uma vez fez-se menção às normas peremptórias de direito internacional. A Bélgica apresentou à Corte caso no qual alegava ter o Senegal obrigação de processar (ou extraditar) o ex-presidente da República do Chade, Hissène Habré, por atos incluindo crime de tortura e crimes contra a humanidade dos quais ele seria o autor, coautor ou cúmplice.

Durante as audiências, um membro da Corte questionou as partes<sup>651</sup> a respeito da retroatividade da aplicação do parágrafo 1º do artigo 7º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).<sup>652</sup> Ambas as partes concordaram em relação a conceituação de atos de tortura como crimes de acordo com o direito consuetudinário internacional,

---

<sup>647</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. I.C.J. Reports, 1996. § 47

<sup>648</sup> *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. I.C.J. Reports, 2007. § 147

<sup>649</sup> *Ibid.* § 161

<sup>650</sup> *Ibid.* § 471

<sup>651</sup> *Belgium v. Senegal*. I.C.J. Reports, 2012. §96

<sup>652</sup> “Article 7. 1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.”



independentemente da Convenção.<sup>653</sup> A Bélgica, respondendo à pergunta do membro da Corte, alegou, *inter alia*, que as obrigações procedimentais do artigo 7, parágrafo 1 vieram para reforçar uma norma já existente e que o artigo poderia, portanto, ser aplicado a crimes cometidos anteriormente à Convenção entrar em vigor para as partes, o que Senegal não negou.<sup>654</sup>

A Corte – após afirmar ser de sua opinião que a norma que proíbe a tortura é parte do direito consuetudinário internacional e que esta se tornou uma norma peremptória<sup>655</sup> – conclui que não se pode utilizar o parágrafo 1º do artigo 7º da Convenção na punição de crimes cometidos anteriormente a sua entrada em vigor para as partes. Apesar de se tratarem de violações a normas de *jus cogens*, a Convenção de Viena, que reflete o direito consuetudinário, deixa clara a irretroatividade de obrigações geradas por tratados quando este não deixa clara uma intenção nesse sentido.<sup>656</sup> A Convenção contra a Tortura nada declara a esse respeito.

#### **2.4 Caso relativo às Imunidades de Jurisdição do Estado**

No *Caso das Imunidades de Jurisdição (Alemanha v. Itália: Grécia intervindo)*, em 2012, a Corte fez seu mais extenso pronunciamento a respeito de *jus cogens*. A Alemanha arquivou junto à CIJ procedimento contra a Itália, por ter esta permitido que o Estado Alemão fosse processado por cortes nacionais italianas, o que violaria a imunidade de jurisdição garantida à Alemanha pelo direito internacional. A Itália, em sua argumentação, alegou, entre outras coisas, que as normas infringidas pela Alemanha entre 1943 e 1945 seriam peremptórias e, por isso, elas prevaleceriam sobre as normas que garantem imunidade de jurisdição de um Estado em relação a cortes de outro Estado, já que estas não são peremptórias.<sup>657</sup>

A CIJ, ao julgar o argumento italiano, não afirmou serem as referidas normas realmente, normas de *jus cogens*. Contudo, ainda que fossem, de acordo com a Corte não poderiam sobrepor-se à imunidade de jurisdição de um estado. Normas de

---

<sup>653</sup> *Belgium v. Senegal*. I.C.J. Reports, 2012. §97

<sup>654</sup> *Ibid.* § 98

<sup>655</sup> *Ibid.* § 99

<sup>656</sup> *Ibid.* § 100

<sup>657</sup> *Germany v. Italy*. I.C.J. Reports, 2012. §92



*jus cogens* e normas que garantem imunidade são de tipos diferentes. As normas de imunidade Estatal são de procedimento, restritas a determinar se as cortes de um Estado têm jurisdição sobre outro Estado, não adentrando na questão da legalidade dos atos cometidos.<sup>658</sup> Destarte, aponta a Corte, reconhecer a imunidade de um Estado estrangeiro de acordo com o direito consuetudinário internacional não significa reconhecer como legal uma situação criada por uma violação de uma norma de *jus cogens*.<sup>659</sup> A Corte conclui, por fim, ao contrário do que queriam os italianos, que a aplicabilidade das normas que conferem aos Estados imunidade de jurisdição não é afetada por normas peremptórias de direito internacional.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de normas imperativas certamente não é novo ao direito. Sua importância é inegável no âmbito interno; porém, uma relativa contrariedade existe no direito internacional quanto à sua aceitação. Críticos, citando a falta de um poder central, tentam minar a importância das normas de *jus cogens* ao direito das gentes, tentando até argumentar em favor de sua inviabilidade no panorama internacional.

É evidente, contudo, que normas imperativas de direito internacional são uma realidade. Muitos autores reconhecem e se utilizam do conceito já há muito tempo nesse cenário. O termo *jus cogens*, bastante utilizado na conjuntura atual, porém, consolidou-se com a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ocasião em que foi dada à CIJ a competência de julgar quaisquer controvérsias entre Estados partes ao tratado em relação a conflitos entre tratados e normas peremptórias.

A Corte, apesar disso, por muito tempo relutou em utilizar em sua jurisprudência o termo *jus cogens*, ou ainda o conceito de normas peremptórias. Apenas em 2006, com o julgamento do *Caso das Atividades Armadas*, pode-se ter um posicionamento da CIJ em relação ao assunto. A Corte, na ocasião, não apenas reconheceu a existência de normas de *jus cogens* no direito internacional, como

---

<sup>658</sup> Ibid. § 93

<sup>659</sup> Ibid. § 93



também afirmou categoricamente tratar-se a norma que proíbe o genocídio de uma norma com status de *jus cogens*. No julgamento do *Caso da Aplicação da Convenção sobre Genocídio*, um ano depois, novamente a Corte recorreu às normas peremptórias em sua argumentação, reafirmando o que havia sido dito no julgamento do *Caso das Atividades Armadas* sobre o status de *jus cogens* da norma que proíbe o genocídio. Em 2012, no julgamento do caso entre Bélgica e Senegal, a Corte mais uma vez comentou sobre normas de *jus cogens*, afirmando ser de sua opinião que as normas que proíbem a tortura possuem esse status. Por fim, no *Caso das Imunidades de Jurisdição*, a Corte, apesar de novamente adentrar na discussão de normas de *jus cogens*, evitou afirmar se as normas em questão tratavam-se ou não de normas com esse caráter. Julgou, de qualquer maneira, que normas de *jus cogens* não se sobrepõem ao artigo do Estatuto da Corte que exige o consentimento das partes para que esta tenha jurisdição sobre um caso, já que se tratam de regras de espécies diferentes.

Todavia, muito embora a Corte tenha passado a adotar o conceito de *jus cogens* em seus acórdãos, ainda se pode observar uma relutância desta em aceitar os argumentos propostos pelas partes em sua totalidade quando estes envolvem normas peremptórias. Em todos os casos pôde-se notar que a Corte, embora aceitando a existência das normas de *jus cogens*, dá-lhes uma aplicação limitada, já que considera, entre outras coisas, que normas de procedimento não entram em conflito com elas em qualquer hipótese. Além disso, como o consentimento é *conditio sine qua non* para ter a CIJ competência para julgar um caso, mesmo que um Estado viole uma norma de *jus cogens*, a Corte nada pode fazer se o Estado não aceitar sua jurisdição. No entanto, ressalta-se que as decisões da Corte não poderiam ser diferentes. Elas seguem tanto o direito internacional consuetudinário quanto o convencional, que refletem a opinião da comunidade internacional e que, portanto, devem ser respeitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law. *Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*, v. 172. 1981. p. 219-270.



CRIDDLE, E. J.; FOX-DECENT, E. A Fiduciary Theory of Jus Cogens. *Yale Journal of International Law*, vol. 34, New Haven, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1277393>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2013.

DAILLIER, P.; FORTEAU, M ; PELLET, A. *Droit International Public*, 8. ed. Paris: L.G.D.J., 2009. 1722 p.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 310p.

GAJA, Giorgio. Jus Cogens beyond the Vienna Convention. *Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*. Vol. 172. 1981. p. 271-316.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports, 1978*

\_\_\_\_\_. *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, I.C.J. Reports, 1976. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/62/6259.pdf>>. Acesso em 30 de maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Memorial of the Democratic Republic of the Congo. 2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8305.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Belgium v. Senegal*. I.C.J. Reports, 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. I.C.J. Reports, 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. I.C.J. Reports, 2007. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013

\_\_\_\_\_. *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda (New Application: 2002)*, I.C.J. Reports, 2006. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Germany v. Italy*. I.C.J. Reports, 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. I.C.J. Reports, 1984. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.



\_\_\_\_\_. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Memorial of Nicaragua (Compensation), 1985. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/9621.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, 1966. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4931.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *South West Africa, Second Phase, I.C.J. Reports*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2013.

PELLET, Alain. Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of Jus Cogens as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation. *Finish Yearbook of International Law*. 2006. Disponível em: <<http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202006%20-%20Comments%20in%20Response%20to%20C.%20Chinkin%20and%20in%20defense%20of%20Jus%20Cogens.pdf>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2013.

ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le Ius Cogens International : Sa Genèse, Sa Nature, Ses Fonctions. Recueil des Cours – The Hague Academy of International Law*, v. 172. 1981. p. 9-217.

STEPHAN, Paul B. The Political Economy of *Jus Cogens*. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 2011-14, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1780472>>. Acesso em: 31 de março de 2013.

UNITED NATIONS. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

UNITED NATIONS. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948. Disponível em: <<http://www.hrweb.org/legal/genocide.html>>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

UNITED NATIONS. Draft articles on the Law of Treaties. Official Records, 1969. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs\\_e.html](http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs_e.html)>. Acesso em 30 de maio de 2013.

UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of treaties. Viena, 1969. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>. Acesso em: 2 de abril de 2013.

ZIMMERMANN, Andreas. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 1745 p.





## RESERVAS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Jeison Cristian Pacheco<sup>660</sup>

**Resumo:** O presente trabalho analisa as reservas e a sua validade em tratados multilaterais, e o posicionamento da Corte Internacional de Justiça. Inicialmente, são expostos os conceitos utilizando a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 para fundamentação teórica. Na segunda parte apresenta-se um breve histórico e o papel determinante da Corte Internacional de Justiça para a definição do regime moderno das reservas. Visando uma melhor compreensão acerca do tema, são trazidos à tona o Parecer Consultivo de 1950 sobre as Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, e o caso das Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo v. Ruanda) julgado em 2006. Percebe-se que a interpretação dada pela Corte Internacional de Justiça nos dois casos alterou a perspectiva até então vigente.

**Palavras-chave:** Reservas, Corte Internacional de Justiça, Convenção de Genocídio.

**Abstract:** This presentation analyzes the reservations and their validity in multilateral treaties and the positioning of the International Court of Justice. Firstly the concepts relating to reservations are stated, through the analysis of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Secondly, a brief historic is introduced, along with the decisive character of the International Court of Justice towards the definition of the modern regimen of the reservations. Aiming at a better comprehension concerning this subject, the Advisory Opinion about Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and the Armed Activities on the Territory of the Congo case, sentenced in 2006, are brought forward. It is perceived that the interpretation given by the International Court of Justice in both cases diverges from the perspective established until then.

**Keywords:** Reservations, International Court of Justice, Genocide Convention.

### Introdução

As relações interestatais até o início do século XIX eram pactuadas, predominantemente, através de tratados bilaterais. Em casos cuja negociação envolvesse mais do que dois Estados estes eram reunidos em duas partes e deste modo realizava-se o acordo, compreendido em um procedimento bastante complexo. Todavia, devido às circunstâncias da época, alguns Estados europeus firmaram o Ato Final do Congresso de Viena de 1815, considerado o primeiro tratado coletivo, embora

---

<sup>660</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do *Ius Gentium*, grupo de pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq.



se constituísse de um agrupamento de todos os tratados concluídos entre os participantes do referido Congresso. Essencialmente, o Tratado de Paris de 1856, o qual foi concluído na Conferência de Paris, relativo ao fim da guerra da Crimeia é tido como o primeiro tratado coletivo perfeito. Destarte, nos meados do século XIX, o tratado multilateral já se fazia prevaemente como processo de acordo entre os Estados.<sup>661</sup>

Tal forma de acordo trouxe consigo determinadas peculiaridades para o âmbito do direito internacional, dentre as quais, cabe destacar, como explica Alain Pellet o “recurso a processos especiais destinados a alargar a comunidade dos Estados contratantes.”<sup>662</sup> Propunha-se então a amplitude das partes, tentando abranger um número cada vez mais significativo de Estados. Adentrando nesse mérito chega-se a um ponto bastante controverso e complexo que é a temática central deste trabalho: as reservas.

Conquanto alguns autores defendam a existência de reservas em tratados bilaterais, visto que a Convenção de Viena não exclui tal possibilidade, a maioria dos doutrinadores entende que as reservas estão presentes exclusivamente nos tratados multilaterais. No caso de tratado bilateral, como explana Francisco Rezek “cada tópico reclama o perfeito consenso de ambas as partes, sem o que a negociação não vai a termo”, portanto, uma “pretensa reserva a tratado bilateral não é reserva, mas recusa de confirmar o texto avençado e convite à renegociação”.<sup>663</sup>

Isto posto, ante o contexto da validade das reservas, o objetivo do trabalho é examinar a maneira como a Corte Internacional de Justiça aborda a questão em tratados multilaterais e quais as implicações em decorrência disso.

## 1. Conceito e finalidade das reservas

No que tange à conceituação das reservas, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 no parágrafo 2 (1) (d) refere-se como sendo “uma

---

<sup>661</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. P. 169.

<sup>662</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. P. 170.

<sup>663</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. P. 117.



declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado".<sup>664</sup> Em um dado tratado, no qual um Estado concorda com o objeto, a finalidade e o conteúdo, divergindo de alguma ou algumas de suas disposições, e produzindo uma declaração expressa sobre tal observância, diz-se que este Estado criou reservas a tais disposições.<sup>665</sup> O ato produzido pelo Estado é amparado pelo Direito dos Tratados, através do artigo 19 da Convenção de Viena. Deste modo, aquelas disposições sobre as quais o Estado aplicou as reservas não incidirão na aplicabilidade sobre ele.

Contudo, o poder das partes em formular reservas não é absoluto. Analisando o artigo 19 da supracitada Convenção, um Estado possui a competência para criar reservas com exceção de três circunstâncias: estando expressa no tratado a inadmissibilidade de quaisquer tipos de reservas; sendo referida no tratado a possibilidade de determinadas reservas, dentre as quais não se encontra aquela que o Estado almeja formular; e, havendo incompatibilidade entre a reserva e o objeto e finalidade do tratado.<sup>666</sup>

Concernente ao propósito das reservas, Christian Walter<sup>667</sup> afirma que "a finalidade das reservas é criar flexibilidade dentro de um sistema de obrigações do tratado para permitir a inclusão dos Estados que são incapazes ou não estão dispostos a aceitar todas as obrigações contidas no tratado."<sup>668</sup> Sendo assim, as reservas são um

---

<sup>664</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009**. Disponível em português em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 01 de junho de 2013.

<sup>665</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. P. 182.

<sup>666</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Art. 19: "A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless: (a) the reservation is prohibited by the treaty; (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or (c) in cases not failing under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty." Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>667</sup> Christian Walter é professor de Direito Público, Direito Internacional Público e Direito Europeu na faculdade de Direito da Universidade de Munique Ludwig-Maximilians, Alemanha.

<sup>668</sup> Do original em inglês: "The purpose of reservations is to create flexibility within a system of treaty obligations, in order to allow for the inclusion of States, which are unable or unwilling to accept all the obligations contained in the treaty." WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of



meio de angariar um número maior de Estados participantes. Encontra-se aqui um dos pontos mais controversos do assunto, pois ocorre um dilema no cerne da questão, se por um lado há a intenção da universalidade das partes utilizando-se das reservas para obter tal êxito, por outro lado existe a integridade do tratado que deve ser mantida; e com a possibilidade das reservas essa integridade estaria ameaçada, uma vez que o Estado autor de reservas não teria as mesmas obrigações do que um Estado que não fez reservas.

Julgadas por parte dos críticos como um recurso pelo qual o tratado sofre modificações, violando a sua integridade e perturbando o seu equilíbrio, as reservas “facilitam a aceitação dos tratados e favorecem por consequência, o alargamento do seu campo de aplicação.”<sup>669</sup> Ademais, o direito internacional ao positivá-las na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados em 1969 acolheu a ideia da flexibilização do tratado, endossando sua preferência à universalização.

Perante a situação da criação de reservas por determinado Estado, as demais partes contratantes podem reagir de duas formas, aceitar a reserva ou formular uma objeção. Em tratados onde uma reserva esteja expressamente autorizada não há a necessidade de ser aceita pelas outras partes, a não ser que assim esteja especificado. A aceitação pode se dar expressa ou tacitamente. Expressa é aquela aceitação declarada por escrito, cuja referência encontra-se no artigo 23 (1) (2) (3).<sup>670</sup> Após o recebimento da notificação das reservas, os outros Estados possuem um prazo de doze meses para analisá-las e formular objeções, quando assim considerarem pertinente; transcorrido este período, presume-se a aceitação tácita por parte daqueles que não realizaram objeções, conforme disposto no artigo 20 (5)<sup>671</sup> da

---

Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P. 240.

<sup>669</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. P. 183.

<sup>670</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. “Art. 23: Procedure regarding reservations 1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty. 2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation. 3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.” Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>671</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. “Art. 20 (5): For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to



Convenção.<sup>672</sup> As objeções são também declarações unilaterais, posicionadas contrárias às reservas, tendo a Comissão de Direito Internacional adotado a seguinte definição:

Objeção significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ou uma organização internacional em resposta a uma reserva a um tratado formulada por outro Estado ou organização internacional, por meio da qual o primeiro Estado ou primeira organização visa a excluir ou a modificar os efeitos jurídicos da reserva, ou mesmo excluir a aplicação do tratado como um todo, nas relações com o Estado ou organização que formulou a reserva.<sup>673</sup>

Não é admitida a presunção de uma objeção, para ser válida é imprescindível a sua declaração expressa. As reservas, bem como as objeções podem ser retiradas a qualquer momento conforme disposto no artigo 22 da Convenção de Viena; no entanto, apenas produzirá efeitos jurídicos no momento da sua notificação às outras partes contratantes.<sup>674</sup>

Dada à complexidade do assunto, juntamente com a consideração da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) de que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estabelece princípios muito amplos para serem utilizados como guia dos Estados, não abordando questões importantes, a própria Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas nomeou Alain Pellet como relator especial para clarificar o tema. A finalidade da CDI era “tentar adotar um guia para a prática em relação às reservas. De acordo com o estatuto e a prática habitual da Comissão, esse guia tomaria a forma de projetos de artigos cujas disposições, junto com comentários, seriam diretrizes para a prática de Estados e organizações

---

*have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.”* Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013.

<sup>672</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. P.188.

<sup>673</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. P.131.

<sup>674</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. “Art. 22: *Withdrawal of reservations and of objections to reservations* 1. *Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.* 2. *Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.* 3. *Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed: (a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State; (b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.*” Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013.



internacionais em matéria de reservas[...]”<sup>675</sup> De fato, o trabalho de Pellet resultou no aguardado guia prático para os Estados, o qual foi finalizado em 2010.<sup>676</sup>

### 1.1 Declarações interpretativas

Distintas das reservas, as declarações interpretativas não visam a modificação ou a extinção de determinada cláusula, mas sim, o esclarecimento da mesma. A Convenção de Viena nada dispõe sobre o assunto, entretanto, essa omissão não faz com que sejam menos utilizadas na prática. Em um documento de 1999, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas as conceituou como:

Declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ou Organização internacional, pela qual o Estado ou Organização Internacional visa a especificar ou a esclarecer o significado ou escopo que o declarante atribui a um tratado ou a algumas de suas disposições.<sup>677</sup>

Um ponto deveras relevante quanto às declarações interpretativas é o caso da “reclassificação”. Verifica-se quando um Estado se opõe a declaração interpretativa dada por outra parte, entendendo se tratar de uma reserva e não de uma declaração interpretativa. Em um dos casos, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi o cenário, naquela ocasião o Uruguai formulou uma declaração interpretativa ao Estatuto composta do seguinte conteúdo: “a aplicação do Estatuto de Roma se sujeita às provisões da constituição uruguaia.”<sup>678</sup> Oito países contrariaram a declaração argumentando que se tratava de uma reserva, a qual ia de encontro ao artigo 120 do supracitado Estatuto. Após o ocorrido, o Uruguai retirou a declaração.

## 2. O papel da Corte Internacional de Justiça na definição moderna de reservas

---

<sup>675</sup> Em inglês: “try to adopt a guide to practice in respect of reservations. In accordance with the Commission’s statute and its usual practice, this guide would take the form of draft articles whose provisions, together with commentaries, would be guidelines for the practice of States and international organizations in respect of reservations [ . . .].” WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P. 289

<sup>676</sup> WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P. 289-290.

<sup>677</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. P. 114

<sup>678</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. P.116



No Ato Final do Congresso de Viena de 1815 é onde consta o primeiro registro conhecido de reserva, formulado pelos Reinos da Suécia e Noruega. Desde então, até a década de 1950, as reservas eram regidas sob a égide do princípio da unanimidade, consistindo na ideia de que para serem aceitas deveriam obter o consentimento de todas as demais partes, do contrário seriam consideradas inválidas. Caso não houvesse a aceitação de todas as partes, o Estado que formulou a reserva possuía duas opções, ou tirava a reserva para se tornar parte do tratado ou desistia de tornar-se parte do tratado.<sup>679</sup> Opondo-se às opiniões norteadoras do seu tempo, a União Pan-Americana era mais flexível na questão. Um exemplo pode ser visto no artigo 6 da Convenção de Havana de 1928:

Caso o Estado ratificante faça reservas ao tratado, este tornar-se-á efetivo quando a outra parte informada das reservas aceitá-las expressamente, ou não as rejeitando formalmente, deve agir de forma a deixar sua aceitação implícita. Em tratados internacionais celebrados entre Estados diferentes, uma reserva feita por um deles na ratificação afeta somente as aplicações da cláusula em questão na relação do outro Estado contratante com o Estado que formulou a reserva.

No entanto, a Liga das Nações ainda era bastante rígida quanto às reservas. Um dos exemplos mais significativos, que reflete de modo bastante claro o princípio da unanimidade, ocorreu durante a assinatura da Convenção Internacional do Ópio. A Áustria ao assiná-la fez uma reserva, a qual o Reino Unido formalizou uma objeção, posteriormente aceita pelo Conselho da Liga das Nações, com o seguinte teor:

Para que qualquer reserva que seja possa ser feita de modo válido em relação a uma cláusula do tratado, é essencial que essa reserva deva ser aceita por todas as partes contratantes, como seria apresentado no curso das negociações. Se não, a reserva, como a assinatura a qual está associada, é nula e isenta.<sup>680</sup>

A visão mudaria com o Parecer Consultivo de 1951 sobre Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio da Corte Internacional de Justiça. A Convenção de prevenção e repressão de Genocídio data de 1948 e nada dispõe sobre a possibilidade ou proibição de reservas. Em tal ocasião, certos Estados realizaram reservas em relação a alguns de seus dispositivos. Tendo havido objeções a essas reservas, o Secretário-Geral da ONU, seguindo a prática da época, comunicou

---

<sup>679</sup> WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P. 242

<sup>680</sup> WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P. 243.



aos Estados que haviam formulado reservas que eles não poderiam ser aceitos como partes da Convenção.

Posteriormente, em 1950, a Corte foi requisitada pela Assembleia Geral para emanar um parecer consultivo sobre a validade das reservas<sup>681</sup>. As questões levantadas foram: se um Estado que formulou reservas pode ser considerado parte da Convenção enquanto mantiver as reservas, sendo contestadas por um ou mais Estados; e qual o efeito jurídico da reserva quanto aos Estados que aceitaram e aos que fizeram objeções a ela. A Corte declarou, por sete votos a cinco, que um Estado que formulou reservas e as manteve, as quais foram alvo de objeções por outras partes, pode fazer parte da Convenção desde que a reserva seja compatível com o objeto e propósito da Convenção. Sobre os efeitos jurídicos, a resposta dada pela Corte foi que caso uma parte da Convenção faça uma objeção a reserva, considerando a reserva contrária ao objeto e ao propósito da Convenção, este pode considerar o Estado que formulou a reserva como não sendo parte da Convenção. Entretanto, se uma parte aceitar a reserva considerando-a compatível com o objeto e propósito da Convenção, este parte pode considerar o Estado que formulou as reservas como parte da Convenção. Nesse ponto a Corte utiliza-se do critério da compatibilidade do objeto e propósito da Convenção. Ao interpretar desta forma, a Corte altera o modo de análise, passando de uma perspectiva bastante fechada, que seria o princípio da unanimidade para outra de maior flexibilidade, contida no critério da compatibilidade.

Tal posicionamento da Corte foi amplamente criticado dentro e fora dela. O argumento principal, que foi reforçado pela opinião dissidente de quatro juízes, era de que interpretando deste modo a Corte teria negligenciado a prática prévia, a qual apontava na direção da unanimidade para a validade das reservas.<sup>682</sup> A Comissão de Direito Internacional (CDI) no seu relatório de 1951 declarou o critério de compatibilidade como "muito subjetivo para ser aplicado de forma geral a convenções

---

<sup>681</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion of 28 May 1951 - Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>> Acesso em: 31 de maio de 2013.

<sup>682</sup> WALTER, Christian. Part II. Conclusion and Entry into Force of Treaties. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary**. P.246





multilaterais”.<sup>683</sup> Entretanto, esse critério foi gradualmente adotado pelos Estados, sendo codificado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

### 3. Caso República Democrática do Congo v. Ruanda

Em 2002 a República Democrática do Congo (RDC) apresentou um caso ante a Corte Internacional de Justiça contra Ruanda.<sup>684</sup> O caso envolvia questões humanitárias. Embora tendo declarado não possuir jurisdição para julgar o caso, a Corte fez algumas considerações sobre reservas, trazidas no decorrer do litígio.

Analisa-se duas considerações que se fazem pertinentes, a primeira delas é a de que tendo Ruanda formulado reserva ao artigo nono da Convenção de Genocídio, a RPC solicitou à Corte que declarasse inválida tal reserva, por entender que a reserva ia de encontro ao objeto e finalidade do tratado, elementos da teoria da compatibilidade. Ruanda respondeu argumentando que a RPC não formulou objeção à reserva antes do caso ser levado a Corte. Nesse ponto, a Corte diz que a falta de objeção por parte da RPC não é elemento de validade da reserva. A segunda questão trata do artigo ao qual a reserva se propõe, qual seja o artigo nono. O artigo nono da Convenção de Genocídio dispõe que eventuais controvérsias sobre interpretação, aplicação ou execução entre as partes sobre a Convenção serão submetidas à Corte Internacional de Justiça. Dessa maneira, teria a Corte jurisdição para avaliar a reserva, sendo ela o objeto do artigo, o qual a reserva se refere?

A Corte considerou que possuía jurisdição para acessar a validade da reserva, pois independentemente da posição tomada por uma das partes quanto ao conteúdo, trata-se de uma cláusula jurisdicional. A República Democrática do Congo ainda questionou, sob os mesmos preceitos, a validade da reserva feita por Ruanda referente ao artigo 22 da Convenção sobre Discriminação Racial, o qual dispunha da mesma forma a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para apreciar litígios envolvendo tal Convenção. Em ambos os casos a Corte considerou válidas as reservas,

---

<sup>683</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. P 111.

<sup>684</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)**. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org> > Acesso em 31 de maio de 2013.



entendendo que as cláusulas as quais as reservas se oporiam eram procedimentais e não feriam a compatibilidade com o objeto e a finalidade da Convenção.<sup>685</sup>

### **Considerações Finais**

Após mais de um século tendo como sua base o princípio da unanimidade, o qual determinava que uma reserva somente seria considerada válida caso todas as demais partes contratantes aceitassem-na, em 1951 as reservas passaram a ser observadas por um novo viés com o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre as Reservas à Convenção de Genocídio. Embora a União Pan-Americana tenha dado início a uma visão mais versátil acerca das reservas, foi apenas com o parecer da Corte que o assunto sobre a rigidez da aceitação, e consequentemente a validade, ganhou uma maior repercussão.

No parecer sobredito a Corte interpretou de acordo com o princípio da compatibilidade, podendo ser considerado parte do tratado um Estado que formulou uma reserva, mesmo que alguma das outras partes contratantes tenha realizado uma objeção, desde que a reserva não seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. Apesar de severas críticas na época, por ir contra a prática adotada até então, a opinião da Corte influenciou o modo pelo qual se analisava as reservas, fazendo com que os Estados passassem a adotar essa mesma postura. Tal forma norteia o assunto sobre a validade das reservas até os dias atuais, como pode ser observado no caso da República Democrática do Congo v. Ruanda.

Ulteriormente, passados dezoito anos após o Parecer, as reservas foram codificadas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Por se tratarem de dispositivos possuidores de grande complexidade, a Comissão de Direito Internacional produziu um guia prático para a utilização dos Estados, tendo sido Alain Pellet o relator especial incumbido de sua elaboração.

No caso República Democrática do Congo v. Ruanda, a Corte considerou que mesmo sendo ela o conteúdo do artigo o qual uma das partes formulou a reserva, ela possuía jurisdição para acessar a validade da referida reserva, uma vez que se trata de cláusula procedimental.

---

<sup>685</sup> PALCHETTI, Paolo. **The Activity of the International Court of Justice in 2006.**



Com o parecer consultivo de 1951, a Corte transforma a perspectiva norteadora até então, utilizando o critério da compatibilidade, enquanto que no caso da República Democrática do Congo v. Ruanda ela declara possuir jurisdição mesmo sendo objeto do artigo ao qual foi formulada a reserva. Em ambos os casos apresentados, a Corte expandiu a sua interpretação, tomando uma direção progressista, seja alterando a visão conservadora vigente ou dando solução à questão nunca antes emergida.

### Referências bibliográficas

CEDIN. **Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.** Disponível em: < <http://www.cedin.com.br> > Acesso em 31 de maio de 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda).** Disponível em: < <http://www.icj-cij.org> > Acesso em 31 de maio de 2013.

DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público.** 2. ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 1517 p.

DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. **Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary.** Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. 1423 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties.** Disponível em < <http://untreaty.un.org> >. Acesso em 31 de maio de 2013.

PALCHETTI, Paolo. **The Activity of the International Court of Justice in 2006.**

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.** Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 01 de junho de 2013.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte (MG): Arraes, 2011. 654 p.



## O INSTITUTO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS EM FACE À CONVENÇÃO DE 2004 DAS NAÇÕES UNIDAS E A DECISÃO DO CASO IMUNIDADES DO ESTADO

Thayse Göedert Pauli\*

**RESUMO:** O presente artigo busca traçar alguns aspectos legais do regime da Imunidade de Jurisdição dos Estados, visto que não existe um consenso entre os países sobre todas essas características. Para tanto, será analisada a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e Seus Bens de 2004 e a decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça no Caso “Imunidades do Estado–Alemanha VS. Itália, com Intervenção da Grécia” e a sua contribuição para o desenvolvimento do Direito Internacional.

**Palavras-chave:** Imunidade de Jurisdição dos Estados; Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e Seus Bens; Caso “Imunidades do Estado”.

**ABSTRACT:** This article seeks to draw out some legal aspects of the regime of Jurisdictional Immunities of the State, since there is no agreement over all the characteristics of this regime among the countries. In order to do so, The United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property, adopted in 2nd December 2004 and the judgment of the International Court of Justice in the case “Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece Intervening)” will be analyzed, as well as their contribution to the development of the international law.

**Keywords:** Jurisdictional Immunities of the State; The United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property; Case “Immunities of the State”

### INTRODUÇÃO

A soberania dos Estados não é ilimitada – ela é restringida por disposições estabelecidas pelos próprios Estados nos tratados internacionais e também pelas normas consuetudinárias, sendo consequências legais da obrigação de respeitar a soberania de outros países<sup>686</sup>. Um desses costumes é a Imunidade<sup>687</sup> que os

---

\* Graduada em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Participa do *Ius Gentium* - Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq.

<sup>686</sup> CASSESE, Antonio. *International Law*. Estados Unidos: Oxford. 2005, p.98

<sup>687</sup> Apesar de a imunidade poder ser dividida em do Estado e diplomática ou consular, a qual se refere às imunidades pessoais que os representantes do Estado gozam, nos termos do presente artigo, sempre que se falar “Imunidade”, será em referência a do Estado soberano. As imunidades dos agentes



Estados e os seus representantes gozam no foro privado de outros países. Com origens no antigo feudalismo, derivando-se da norma "*par in parem no habet imperium*"<sup>688</sup>, atualmente, esse costume encontra-se em vias de positivação.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade dos Estados e seus Bens, Resolução 53/86 adotada pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 2004, é a primeira tentativa universal de tentar unificar as diversas práticas nacionais desse instituto. Sobre o entendimento jurisdicional relativo à Imunidade de Jurisdição, pode ser citada a decisão da Corte Internacional de Justiça<sup>689</sup> no caso "Imunidades do Estado – Alemanha VS. Itália, com intervenção da Grécia", julgado em três de fevereiro de 2012 como o mais atual.

O objetivo do presente trabalho é analisar a decisão proferida pela CIJ, a Convenção das Nações Unidas de 2004 e a contribuição desses dispositivos para a prática do Direito Internacional. Primeiramente, será analisado o conceito doutrinal de Imunidade de Jurisdição, sua evolução, as tentativas de positivação, sobretudo na Convenção sobre Imunidades dos Estados e seus Bens. No segundo momento, será explicitado o caso "Imunidades do Estado" julgado na Corte Internacional de Justiça. Por fim, serão feitas considerações sobre ambos os dispositivos e se facilitaram um entendimento comum dos Estados no âmbito da Imunidade de Jurisdição.

## **1. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E A SUA POSITIVAÇÃO NA CONVENÇÃO DE 2004 DAS NAÇÕES UNIDAS**

A Imunidade do Estado protege os seus bens que estão em território estrangeiro e os atos que são contestados em outros países, "em decorrência da ausência de hierarquia que exclui que algum entre eles seja submetido aos atos de autoridade e entendimentos jurisdicionais de outro Estado"<sup>690</sup>. Essa imunidade possui duas dinâmicas diferentes, podendo ser invocada quanto à jurisdição ou em relação à

---

diplomáticos estão na Convenção de Viena de sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963).

<sup>688</sup> MOLL, Leandro. [State immunity and denial of justice with respect to violations of fundamental human rights.\(Case Note\)](#). Melbourne Journal of International Law, 2003. Vol. 4, p.561.

<sup>689</sup> Para efeitos deste trabalho, será utilizada a sigla CIJ para se referir à Corte Internacional de Justiça.

<sup>690</sup> PELLET, Alain. *Droit International Public*. Oxford : Paris. 2008, p. 497



execução da sentença, caso o Estado seja condenado em outro país<sup>691</sup>. Na de jurisdição<sup>692</sup>, conhecida por ser menos restritiva que a de execução, os Estados não podem ser processados contra a sua vontade em tribunais de outros países por particulares que sofreram algum tipo de dano. Quanto à execução<sup>693</sup>, não podem ser tomadas medidas contra os bens que eles dispõem em território estrangeiro.

Pode-se dizer que essa imunidade foi absoluta, ou seja, o Estado era imune para todos os propósitos em todas as situações, até metade do século XX<sup>694</sup>. Entretanto, com o crescimento do envolvimento do Estado nas atividades econômicas privadas e no comércio, essa regra mudou. Essas atividades exigiram um tratamento igualitário entre os Estados com indivíduos privados diante das Cortes nacionais. Ao mesmo tempo, as instituições financeiras hesitavam em garantir créditos sem a possibilidade de um processo judicial contra o devedor - no caso, o Estado.<sup>695</sup> Assim, a Imunidade passou a ser relativizada, fazendo-se necessária uma distinção entre os atos *jure imperii*, aqueles que são relativos à soberania e que são imunes e *jure gestionis*, realizados no âmbito privado ou comercial que são objetos de jurisdição estrangeira<sup>696</sup>. Contudo, na prática, há a dúvida sobre as limitações dessa Imunidade e a extensão desses atos.

Diante disso, surgiram algumas tentativas de codificação<sup>697</sup> desse costume no Direito Internacional, a fim chegar a um consenso sobre esse instituto. A

<sup>691</sup> DIXON, Martin. MCCORQUODALE, Robert. WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials on International Law*. Estados Unidos: Oxford. 2011.

<sup>692</sup> MOLL, Leandro. [State immunity and denial of justice with respect to violations of fundamental human rights. \(Case Note\)](#). Melbourne Journal of International Law, 2003. Vol. 4, p.561.

<sup>693</sup> “Generally speaking, immunity of foreign States from execution has been seen as running parallel to immunity from jurisdiction. The parallelism between immunity from jurisdiction and immunity from execution, as far as the rationale for such immunities is concerned, not however rigid and watertight. As execution is more penetrating hence more generous with foreign states as far as immunity from execution is concerned. The Italian Constitutional Court rightly pointed to this trend in its judgment of 1992 in Condor e Filvem v. Ministero de Grazia e Giustizia. It stated that “for long in the legal conviction of States the relative character of immunity from jurisdiction has emerged in contrast to the tendency of States to view execution as being absolute in nature”. CASSESE, Antonio. *International Law*. Estados Unidos: Oxford, 2005.

<sup>694</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>695</sup> HAFNER, Gerhard. KOHEN, Marcelo G. BREAU, Susan. *State Practice Regarding State Immunities*. 2006

<sup>696</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>697</sup> The doctrine of the “Act of State” – The courts may not pronounce upon acts of a foreign State taken within the territory of that State (the rationale of the doctrine being the intent to avoid national courts meddling in issues that can be better settled through diplomatic negotiations). US Foreign Sovereign Immunities Act 1976; State Immunity Act 1978 in UK; Canada’s State Immunity Act 1985 and Australia’s Foreign Sovereign Immunities Act 1985.



Convenção Europeia de Imunidade dos Estados de 1972<sup>698</sup> surge em favor de uma aplicação mais restritiva da Imunidade de Jurisdição, estabelecendo um catálogo das situações onde ela não pode ser invocada.

A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens de 2004<sup>699</sup>, por sua vez, é o primeiro documento universal que se refere à Imunidade dos Estados. Ela é baseada num trabalho da Comissão de Direito Internacional com o intuito de codificar e unificar as normas relativas a esse instituto. Essa convenção prevê que Estado goza, em relação a si próprio e aos seus bens, de imunidade de jurisdição junto dos tribunais de outro Estado (art. 5º), salvo em oito exceções definidas na Parte III<sup>700</sup>. Essas exceções relacionam-se a determinadas situações envolvendo transações comerciais (art. 10), contratos de trabalho (art. 11), danos causados a pessoas e bens (art. 12), propriedade, posse e circulação de bens (art. 13), propriedade intelectual e industrial (art. 14), participação em sociedades ou outras pessoas coletivas (art. 15), navios em que um Estado é proprietário e explora e efeitos de arbitragem (art. 17). Nesta explanação, será analisada principalmente a divergência em torno da aplicação do art. 12, o qual estabelece o *tort exception*, ou seja:

---

<sup>698</sup> "Various international institutions made attempts to formulate a generally acceptable rule on State immunity. Under the auspices of international organizations conventions were drawn up, such as the European Convention on State Immunity of 1972, which entered into force on 11 June 1976, or the OAS Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States 1982. However, the application of the European Convention has remained very restricted since, apart from its regional nature, it was ratified by only eight States (Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Luxembourg, Netherlands, Switzerland and the United Kingdom). Several international scientific institutions also dealt with this issue, so, for instance, the Institut de Droit International already in 1891 (Hamburg), in 1954 (Aix-en-Provence) and 1991 (Basel), the International Law Association in 1982 (Montreal). The European Convention on State Immunity of 1972 did not have the intention to codify existing customary rules, but to provide common rules applicable amongst States parties. The result was a compromise that did not cope with the problem of giving effect to judgments pronounced against States. This probably explains the States' lack of eagerness to become parties. The national practice does not show any single application of the European Convention by domestic courts, although some decisions discussed the scope of some of its articles, even if the Convention was not applicable to the cases under scrutiny." - HAFNER, Gerhard. KOHEN, Marcelo G. BREAU, Susan. *State Practice Regarding State Immunities*. 2006

<sup>699</sup> A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens de 2004 ainda não está em vigor, pois de acordo com o seu artigo 30, ela entrará em vigor após 30 dias depois da data do depósito do trigésimo instrumento de ratificação. Ela foi assinada por 28 países, mas apenas 14 são partes: Áustria, França, Irã, Itália, Japão, Cazaquistão, Líbano, Noruega, Portugal, Romênia e Arábia Saudita, Espanha, Suécia e Suíça.

<sup>700</sup> Na parte, IV, ela regula a Imunidade dos Estados relativamente a medidas cautelares e de execução relacionadas com processos judiciais. Por fim, as regras para assinar a Convenção e a sua entrada em vigor.



Salvo acordo em contrário entre os Estados em questão, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição num tribunal de outro Estado que seja competente para julgar o caso num processo relacionado com uma indenização pecuniária, em caso de morte ou de ofensa à integridade física de uma pessoa, ou em caso de dano ou perda de bens materiais causados por um ato ou omissão alegadamente atribuído ao Estado, se esse ato ou omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território desse outro Estado e se o autor do ato ou omissão se encontrava nesse território no momento da prática do ato ou omissão.

Porém, no seu comentário sobre a Convenção, a Comissão de Direito Internacional esclarece que o *tort exception* previsto no referido artigo não se aplica ações das forças armadas em conflitos militares, mas sim “a situações como acidentes, para prever companhias de seguro de se esconder da responsabilidade pelos Estados estarem cobertos de Imunidade”.<sup>701</sup>

## 2. O CASO “IMUNIDADES DO ESTADO” – IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E O TRATAMENTO JURISDICIONAL NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Em 23 de dezembro de 2008, a Alemanha preencheu uma aplicação diante da Corte Internacional de Justiça, instituindo procedimentos contra a Itália, afirmando que esta não respeitou a Imunidade de Jurisdição que a Alemanha goza perante cortes civis de outros países por ser um Estado soberano no âmbito do Direito Internacional.

A Alemanha buscou a CIJ, pois desde 2004, enfrentou um crescente número de disputas diante das Cortes Italianas, nas quais os reclamantes afirmam que sofreram graves violações de direitos humanos internacionais durante a invasão da Itália pelo Terceiro Reich, de setembro de 1943 até maio de 1945. A Itália fizera parte do Eixo, juntamente com Alemanha e Japão no período inicial do conflito mundial; porém, em setembro de 1943, rompeu com o Eixo e juntou-se aos Aliados, sob o comando dos Estados Unidos da América e como resultado, foi ocupada pelos alemães<sup>702</sup>. Esses reclamantes pedem compensação financeira pelos prejuízos e podem ser divididos em três grupos<sup>703</sup>.

---

<sup>701</sup> International Law Commission. *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. 1991.

<sup>702</sup> HOBBSAWN, Eric. *A era dos Extremos*. São Paulo: Paz e Terra. 2012.

<sup>703</sup> O primeiro grupo é composto principalmente por homens jovens, que foram presos na Itália e enviados a Alemanha para trabalhos forçados; o segundo é composto por membros das forças armadas





O caso com maior repercussão foi *Ferrini VS. República Federal da Alemanha*<sup>704</sup>, julgado pela Corte de Cassação italiana em 11 de março de 2004, que afirmou possuir jurisdição contra a Alemanha, já que no seu entendimento, a imunidade não poderia ser invocada em relação a operações militares que os crimes infringissem valores universais da comunidade internacional e normas de *jus cogens*. Diante da grande repercussão desse caso, muitos outros foram levados para os tribunais italianos, somando em 2008 um total de duzentos e cinquenta ações contra a Alemanha<sup>705</sup>.

Além disso, o Tribunal de Apelação de Florença declarou que os julgamentos em Cortes da Grécia, fundamentados em violações semelhantes pelo Terceiro Reich em solo grego, eram executáveis na Itália. Contudo, vale ressaltar, que antes da decisão italiana, o ministro da justiça da Grécia havia recusado o julgamento de um Estado estrangeiro no território grego. A Itália também tomou medidas de constrangimento contra Villa Vigoni, um edifício alemão na Itália que era usado para atos não comerciais do Estado alemão (*acta jure imperii*).

Diante da situação, em 2008, a Alemanha decidiu ir à Corte Internacional de Justiça.<sup>706</sup> Na sua aplicação, a Alemanha pede que seja reconhecido que a Itália violou essa norma ao julgar o Estado alemão no foro doméstico, tomar medidas de constrangimento contra a propriedade de Villa Vigoni e declarar

---

italianas que foram feitos prisioneiros de guerra pelo governo alemão e também submetidos a trabalhos forçados; o terceiro, são vítimas dos massacres alemães durante os últimos meses da Guerra. Usando estratégias bárbaras para deter os focos de resistência, foram assassinados centenas de civis, incluindo crianças e mulheres. Um quarto grupo deve ser mencionado separadamente: são os nacionais gregos cujos julgamentos obtidos na Grécia contra Alemanha em massacres similares foram declarados executáveis na Itália. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>>

<sup>704</sup> Ferrini é um italiano que foi preso pelas forças armadas alemãs na Itália em quatro de agosto de 1944 e deportado e submetido ao trabalho forçado por quase oito meses e entrou com um processo contra a Alemanha no Tribunal de Arrezzo, pedindo compensação. Esse tribunal e a Corte de Apelação afirmaram que não tinham jurisdição para o caso devido à norma consuetudinária da imunidade de jurisdição dos Estados. Porém, a Corte de Cassação reverteu essa decisão e afirmou que possuía jurisdição contra a Alemanha, já que no seu entendimento, a imunidade não poderia ser invocada em relação a operações militares que os crimes infringissem valores universais da comunidade internacional e normas de *jus cogens*.

<sup>705</sup> Disponível em Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening). *Application Instituting Proceedings*. Disponível: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>>.

<sup>706</sup> Com base no artigo 1º da Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Controvérsias, de 1957, ratificada por ambos os países, que afirma que as disputas internacionais que possam surgir entre os estados europeus em relação a qualquer questão de Direito Internacional devem ser submetidas à Corte Mundial – no caso, a Imunidade de Jurisdição.



executáveis os julgamentos das Cortes Gregas no território italiano, por violações semelhantes.

A Itália, contudo, apresentou em dezembro de 2009 um pedido de reconvenção à Corte, afirmando que a Alemanha não cumpriu suas obrigações de reparação efetiva com as vítimas como acordado no Tratado de Paz de 1947 com os países aliados. Um dos argumentos defendidos pela Itália diante da Corte foi baseado que agora está positivado no art. 12 da Convenção de 2004, alegando que os Estados não são cobertos por imunidade quando relacionados à morte, injúria penal ou propriedade cometidos contra civis pelas forças armadas nos conflitos militares no território do outro Estado. Porém, a Corte reconheceu que os fatos que deram origem à disputa e estavam sob a sua jurisdição foram as decisões das cortes civis italianas contra a Alemanha e não os atos praticados pelo terceiro Reich e os tratados anteriores.

### **3. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS**

Na sua decisão<sup>707</sup>, proferida em fevereiro de 2012, a Corte declarou que a Itália violou sua obrigação de respeitar a Imunidade de Jurisdição que a Alemanha goza no Direito Internacional ao autorizar que pedidos de reparação feitos por civis fossem submetidos contra a Alemanha, ao tomar medidas de constrangimento contra Villa Vigoni e ao declarar executáveis na Itália as decisões de Cortes Gregas baseadas em violações de direitos humanos internacionais cometidas na Grécia pelo Terceiro Reich. Além disso, a Corte afirma que a Itália deve assegurar através da sua própria legislação ou outros métodos a sua escolha, que as decisões de seus Cortes e outros órgãos do judiciário que infringem a Imunidade de Jurisdição da Alemanha cessem seus efeitos.

Apesar de a Corte declarar que não lhe cabe dizer como o Direito Internacional trata a Imunidade de Jurisdição, mas sim determinar qual o escopo e extensão desse instituto, percebe-se que o seu entendimento vai ao encontro da

---

<sup>707</sup> Jurisdictional Immunities of the State - Germany v. Italy: Greece Intervening. Judgement. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>.



Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade dos Estados e dos seus Bens<sup>708</sup> em alguns pontos. Isso porque a própria Corte reconhece que as diferentes disposições codificadas na Convenção têm como base a jurisprudência dos países, mesmo com as numerosas divergências na prática dos Estados no que se refere à configuração precisa dessas exceções:

As conclusões da Comissão de Direito Internacional tiveram como base um estudo da prática dos Estados, que na opinião da corte é confirmada pelas legislações nacionais, decisões judiciais, declarações do direito à imunidade e comentários dos Estados no que se tornou a Convenção das Nações Unidas. A prática mostra que os Estados geralmente procedem como se houvesse um direito à imunidade no Direito Internacional, junto com um obrigação correspondente por parte dos outros Estados de respeitar e dar efeito a esta imunidade.<sup>709</sup>

Na opinião da Corte<sup>710</sup>, essa prática, que agora está positivada na Convenção de 2004, suporta que a Imunidade do Estado para *acta jure imperii* se estende para processos de civis por atos que ocasionaram morte, injúria ou danos às propriedades cometidos pelas forças armadas e outros órgãos de um Estado durante um conflito militar, mesmo se foram praticados no território do *forum State*:

Os atos das forças armadas da Alemanha e de outros órgãos do Estado que foram partes em processos nas Cortes italianas claramente constituem *acta jure imperii*. (...) A Corte considera que os termos “*jure imperii*” e “*jure gestionis*” não implicam que os atos em questão foram legais, mas se foram realizados no exercício da soberania (*jure imperii*) ou não.<sup>711</sup>

---

<sup>708</sup> Alguns juízes citam a referida Convenção nas suas opiniões separadas, como no caso do juiz Koroma. “There is no dispute that the law on sovereign immunity has evolved to provide a limited exception to immunity for certain types of tortious acts. This exception is codified in Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. Although the Convention has not yet entered into force, Article 12 can be considered to reflect the current state of customary international law.” Disponível em < <http://www.icjij.org/docket/files/143/16885.pdf> >.

<sup>709</sup> Do original: “That conclusion was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention. That practice shows that, whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity.” Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> >.

<sup>710</sup> No seu julgamento, a Corte explica: “No State questioned this interpretation. Moreover, the Court notes that two of the States which have so far ratified the Convention, Norway and Sweden, made declarations in identical terms stating their understanding that “the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties” (United Nations doc. C.N.280.2006.TREATIES-2 and United Nations doc. C.N.912.2009.TREATIES-1).

<sup>711</sup> Tradução livre do original: “The acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*. The Court notes



Na sua decisão, a Corte cita como exemplo o caso *McElhinney v. Williams*<sup>712</sup>, no qual Corte Suprema da Irlanda afirmou que o direito internacional suporta que um estado estrangeiro é imune em respeito de *acta jure imperii* cometidos pelos membros das forças armadas, mesmo se cometidos no território de outro Estado sem a permissão deste. A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que essa posição, que é a de um grande número de Estados, também não era incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>713</sup>.

Em relação o segundo argumento da Itália, de que as normas de *jus cogens* são superiores aos costumes, a Corte declara simplesmente declara que:

Não havia conflito entre as normas de *jus cogens* e a regra de direito consuetudinário que afirma que um Estado deve cobrir o outro de imunidade porque essas duas regras regulam diferentes matérias. A regra da Imunidade do Estado é processual e restrita a determinar se as Cortes de um Estado podem exercer jurisdição em respeito de outro Estado ou não.

Ou seja, não há pratica que suporta a existência de uma norma costumeira que nega imunidade quando as regras de *Jus Cogens* são violadas, visto que elas regulam diferentes matérias. Quanto a esse ponto, também é possível citar a Corte Europeia de Direitos Humanos e o julgamento do caso *Distomo*<sup>714</sup>, em que as Cortes da Grécia não cederam Imunidade à Alemanha, pois entenderam que ao violar as normas de *Jus Cogens*, a Alemanha tacitamente recusou a Imunidade de Jurisdição.

Por fim, a Corte entendeu que o substrato jurídico desde caso, ou seja a regra da imunidade, é derivada apenas do direito internacional consuetudinário:

---

*that Italy, in response to a question posed by a member of the Court, recognized that those acts had to be characterized as acta jure imperii, notwithstanding that they were unlawful. The Court considers that the terms "jure imperii" and "jure gestionis" do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (jus imperii) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (jus gestionis)".* Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>.

<sup>712</sup> *McElhinney v. Williams*, [1995] 3 Irish Reports 382; ILR, Vol. 104, p. 691.

<sup>713</sup> *McElhinney v. Ireland* [GC], Application No. 31253/96, Judgment of 21 November 2001, ECHR Reports 2001-XI, p. 39; ILR, Vol. 123, p. 73, para. 38

<sup>714</sup> The claimants in the *Distomo* case brought proceedings against Greece and Germany before the European Court of Human Rights alleging that Germany and Greece had violated Article 6, paragraph 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 1 of Protocol No. 1 to that Convention by refusing to comply with the decision of the Court of First Instance of Livadia dated 25 September 1997 (as to Germany) and failing to permit execution of that decision (as to Greece). In its decision of 12 December 2002, the European Court of Human Rights, referring to the rule of State immunity, held that the claimants' application was inadmissible (*Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*, Application No. 59021/00, Decision of 12 December 2002, ECHR Reports 2002-X, p. 417; ILR, Vol. 129, p. 537).



Exceções da imunidade do Estado representam um abalo do princípio da igualdade. Imunidade também representa um abalo do princípio da soberania territorial e de jurisdição que dele é derivada. (...) As partes estão em consenso quanto à validade e importância da Imunidade do Estado como parte do Direito Internacional costumeiro. Elas diferem, a lei que é aplicada e que determina o escopo e a extensão da Imunidade.<sup>715</sup>

Isso pode ser afirmado, pois em 1 de fevereiro de 2012, quando a CIJ proferiu sua sentença, apenas a Alemanha era signatária da Convenção Europeia de Imunidade dos Estados, de maio de 1972 e nenhum deles era parte da Convenção de Nova York de 2004<sup>716</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

A norma consuetudinária que prevê a imunidade de jurisdição dos Estados diante das cortes civis de outros países mostra que a soberania dos Estados não é absoluta, decorrendo da igualdade formal que esses sujeitos de Direito Internacional possuem. As mudanças na aplicação da Imunidade de Jurisdição são um reflexo dessa limitação, pois os Estados não podem declarar que estão cobertos de imunidade em algumas situações específicas.

---

<sup>715</sup> Do original: “The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it. The Parties are thus in broad agreement regarding the validity and importance of State immunity as a part of customary international law. They differ, however, as to whether (as Germany contends) the law to be applied is that which determined the scope and extent of State immunity”. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>.

<sup>716</sup> Contudo, a Itália ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais do Estado e Seus Bens em 6 Maio de 2013, fazendo a seguinte declaração: “... In depositing the present instrument of ratification, the Italian Republic wishes to underline that Italy understands that the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations. In addition, Italy states its understanding that the Convention does not apply to the activities of armed forces and their personnel, whether carried out during an armed conflict as defined by international humanitarian law, or undertaken in the exercise of their official duties. Similarly, the Convention does not apply where there are special immunity regimes, including the ones concerning the status of armed forces and associated personnel following the armed forces, as well as immunities *ratione personae*. Italy understands that the express reference, in Article 3, paragraph 2, of the Convention, to Heads of State cannot be interpreted so as to exclude or affect the immunity *ratione personae* of other State officials according to international law...”.



Portanto, diante da decisão da Corte, Convenção de 2004 das Nações Unidas e o direito positivo pré-existente<sup>717</sup>, é possível afirmar que a Imunidade de Jurisdição dos Estados tende a ser reduzida ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, ou seja, não pode ser invocada em determinadas situações específicas, mostrando que os Estados não são mais imunes para todos os propósitos. Isso está demonstrado na Convenção de Nova York, nas oito exceções em que os Estados não podem invocar Imunidade. Na decisão do caso "Imunidades Jurisdicionais dos Estados", apesar de a Corte Internacional de Justiça ter demonstrado sua posição de que os Estados continuam a ser os principais sujeitos de Direito Internacional, a Corte contribuiu para o desenvolvimento do Direito Internacional que o *tort exception*, contida no art. 12 da Convenção das Nações Unidas de 2004 certamente não se aplica a atos de forças armadas e esclarecer que não há prática que suporta a existência de uma norma costumeira que nega imunidade quando as regras de *Ius Cogens* são violadas, visto que elas regulam diferentes matérias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

UNITED NATIONS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg no=III-13&chapter=3&lang=en>>. Acesso em 27 maio 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. *Application Instituting Proceedings* (2008). Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&k=60&case=143&code=ai&p3=0>.

Acesso em: 27 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. *Written Proceedings*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&k=60&case=143&code=ai&p3=1>>. Acesso em: 27 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. *Judgment of 3 February 2012*. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>. Acesso em 27 maio 2013.

---

<sup>717</sup> Convenção Europeia de 1972 e leis internas promulgadas nos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Austrália e Canadá.



COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on State Immunity*. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.aps?CL=ENG&NT=074>>.

Acesso em: 23 maio 2013.

DIXON, Martin; MCCORQUODALE, Robert; WILLIAMS, Sarah. *Cases and Materials on International Law*. Estados Unidos: Oxford, 5ª edição, 2011.

HAFNER, Gerhard; KOHEN, Marcelo G.; BREAU, Susan. *State Practice Regarding State Immunities*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. 2006.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Estados Unidos: Oxford, 2ª edição, 2005.

DAILLIER, Patrick ; FORTEAU, Mathias ; PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8ª edição. Paris : Lextenso editions, 7ª edição, 2009.

MOLL, Leandro. [State immunity and denial of justice with respect to violations of fundamental human rights.\(Case Note\)](#). Melbourne Journal of International Law, 2003, vol 4, p.561.

Yearbook of the International Law Commission (YILC), 1980, Vol. II (2), p. 156, para. 55 of commentary to draft Art. 6; *ibid.*, 1991, Vol. II (2), pp. 22-23, para. 5 of commentary to Art. 5.)

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIGO, Manilo. *Notas sobre a Evolução Histórica do Instituto de Proteção Diplomática no Sistema da Organização das Nações Unidas*. Sequência, v.61, p. 11-30, 2010.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.



## O DEBATE DA DOCTRINA SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE A ENTREGA PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA E AS VEDAÇÕES À EXTRADIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Bruno Arthur Hochheim<sup>718</sup>

**RESUMO:** O Estatuto de Roma levanta uma série de questões quanto a sua consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Uma delas é a da compatibilidade da entrega, prevista no Estatuto, com as vedações à extradição constitucionalmente previstas. Esse trabalho analisará os principais argumentos da doutrina brasileira sobre a questão.

**Palavras-chave:** Constituição brasileira; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; Compatibilidade

**ABSTRACT:** The Rome Statute rises a great deal of questions about its conformity with the Brazilian legal order. One of them is about the compatibility of the *surrender*, legal concept created by the Statute, with the prohibitions related to the extradition imposed by the Constitution. This paper will analyze the main arguments in the Brazilian legal works regarding the question.

**Keywords:** Brazilian Constitution; Rome Statute; International Criminal Court; Compability.

### INTRODUÇÃO

O Estatuto de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, foi ratificado pelo Brasil em 2002, através do Decreto 4.388. O Tribunal é instituição internacionalmente criada para reprimir crimes de agressão, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, assim como para buscar a reparação das vítimas, sendo sua criação fato notável na construção de um sistema internacional que vise a reprimir alguns dos atos mais cruéis de que o homem é capaz.

Tal qual a Constituição brasileira, possui o Estatuto o escopo de resguardar o indivíduo – mas não é porque ambos têm inspiração e objetivos muito semelhantes que serão necessariamente compatíveis entre si. A vida é muito ampla para ser resumida a maniqueísmos, o que se reflete na possibilidade de incompatibilidade entre os dois conjuntos normativos: pode ser que nem todas as

---

<sup>718</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), bolsista PIBIC. Áreas de interesse: História do Direito e Direito Constitucional.





disposições do Estatuto sejam conformes à Constituição.

O Estatuto na ordem jurídica brasileira suscita uma série de questões, como as relativas à pena de prisão perpétua e à imprescritibilidade dos crimes por ele previstos. O presente trabalho está relacionado a uma potencial inconstitucionalidade em específico: aborda ele a discussão sobre a compatibilidade entre o que o Estatuto denomina *entrega*, e as vedações à extradição presentes na Constituição brasileira.

As dúvidas surgem do fato de, por um lado, a Constituição impor óbices à extradição<sup>719</sup>, chegando mesmo a proibir a de brasileiros natos; por outro, pelo fato de o Estatuto de Roma distinguir extradição de entrega<sup>720</sup>, estabelecendo que a extradição é o envio de um indivíduo a um Estado, enquanto a entrega é o seu envio a um tribunal internacional. Não são admissíveis reservas ao Estatuto e, nos seus termos, todo Estado é obrigado a realizar a entrega de um acusado, caso tal seja requerido pela corte.

A doutrina no Brasil tem discutido o assunto há algum tempo, inclinando-se, em sua maioria, pela compatibilidade. Esse trabalho analisará tanto os argumentos a favor da tese da compatibilidade como os contrários a ela. Princípios-se-á expondo os argumentos favoráveis à compatibilidade, passando-se em seguida àqueles contrários a ela.

## DESENVOLVIMENTO

### 1. Posições favoráveis à compatibilidade

Um grande número de autores pensa haver compatibilidade entre a entrega prevista no Estatuto de Roma e o modelo de extradição adotado no Brasil.

---

719 CF, art. 5o, "LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião"

720 Estatuto de Roma, artigo 102: "Para os fins do presente Estatuto: a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto. b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno."



Baseiam-se principalmente na ideia de que se trata de figuras jurídicas distintas.

Francisco Rezek entende não haver problemas quanto à entrega. Em passagem muito citada pela doutrina, afirma

Parece-me óbvia a distinção entre a entrega de um nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, e a entrega de um nacional – esta sim proibida pela Constituição – a um tribunal estrangeiro, que exerce sua autoridade sob um outro pavilhão que não o nosso, e não, portanto, a uma jurisdição de cuja construção participamos, e que é o produto da nossa vontade, conjugada com a de outras nações ( REZEK, 2000, p.67).

Deixa claro o autor que há diferenças importantes entre as duas figuras. Uma delas é para onde se envia o indivíduo; a outra, o caráter volitivo: o fato de se enviar para uma jurisdição que é também produto da vontade brasileira é algo que permite a entrega.

Apesar de distinguir as duas figuras, o autor as aproxima logo em seguida. Ao analisar outras questões que o Estatuto suscita no Brasil como prisão perpétua e competências por prerrogativa, entende que elas não são óbice à constitucionalidade do Estatuto, uma vez que "são situações que estamos fartos de enfrentar sob uma outra roupagem no caso da extradição" (2000, p.67). O Brasil vive, a todo o momento, extraditando pessoas em casos que lá fora será possível a prisão perpétua<sup>721</sup>, embora aqui não seja, afirma o autor. O Supremo Tribunal Federal já se fartou de dizer que os nossos padrões de processo penal não podem ser impostos à outra soberania a qual se concede a extradição (2000, p.67).

Ou seja, afirma-se que as garantias individuais aplicam-se apenas aos tribunais brasileiros. Entende-se que, como a jurisprudência brasileira admite a extradição em casos em que podem ser cominadas penas vedadas no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se muito bem entregar indivíduos que ficarão sujeitos a medidas inadmissíveis no ordenamento brasileiro. Em outras palavras, apesar de a extradição ser distinta da entrega, afirma Rezek que os fundamentos aplicáveis àquela são também aplicáveis a esta, no que tange à destinação do indivíduo a um lugar onde poderão ser aplicadas penas não admissíveis no Brasil.

Por último, pode-se levantar que Francisco Rezek entende que um

---

721 Cumpre informar que boa parte dos trabalhos aqui analisados foi publicada antes do julgamento da EXT 855, no qual houve mudança importante da jurisprudência do STF: desde então, exige-se a comutação da pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade de até 30 anos.

Estado entregar ao Tribunal Penal Internacional um indivíduo que não seja seu nacional é um mecanismo mais assemelhado à extradição do que um Estado entregar ao Tribunal um cidadão seu (2000, p.68).

Sylvia Steiner, quanto à questão aqui analisada, entende que

A discussão centra-se em haver ou não identidade entre o instituto da entrega de pessoas à Corte e o de extradição de pessoas a outros Estados. Há disposição constitucional expressa no sentido de que não podem os brasileiros ser extraditados, nos termos do art. 5º, inc. II. Portanto, é no exame sereno dos dois institutos que se encontrará resposta. Pelos termos expressos do Estatuto, a extradição e a entrega não se confundem, tanto que, havendo concorrência entre ambos, a segunda prefere à primeira (art. 90, 2). Também o art. 102 do Estatuto, talvez por prever dificuldades na interpretação dos institutos, cuida de explicitar o que se deve entender por ‘entrega’ e por ‘extradição’ (STEINER, 1999, p.216-7)

A autora também entende que questões como previsão de prisão perpétua não são óbice à entrega, uma vez que os direitos fundamentais brasileiros são oponíveis apenas a autoridades brasileiras; tal qual a extradição, pode-se realizar a entrega para entidade que pode cominar penas proibidas no ordenamento jurídico nacional (2003, p.453-4).

João Grandino Rodas faz uma observação extremamente interessante

É importante, ainda, lembrar-se que o art. 102, expressamente, distingue entre extradição e entrega; extradição de Estado para Estado e entrega de Estado para o Tribunal. O art. 91, II, C, do Estatuto, determina, expressamente, que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não sejam maiores que as exigências que o mesmo país faz extraditar alguém para terceiros. Muito embora se deseje extremar absolutamente as duas figuras de extradição e de entrega ou, ainda dizendo, quanto mais se deseja extremas, mais não se separa uma da outra questão. Elas são quase siamesas, tanto que o próprio Tribunal, nesse art. 91, II, c – depois de afirmar no art. 102 que são coisas diferentes – determina que não se poderá ter exigências superiores à da extradição.

Em outras palavras, levanta Rodas que, por mais que se tente diferenciar a entrega da extradição, não se consegue fugir desta. Ela acaba sempre sendo o referencial da entrega; até mesmo pelo Estatuto de Roma, o qual busca extremá-las com toda sua força, para posteriormente dizer que são tão parecidas que os requisitos para a entrega não podem ser maiores do que aqueles para a extradição. Deixa o Estatuto margem para que tenham exatamente os mesmos requisitos – apesar de serem, segundo sua própria concepção, figuras completamente distintas.

De qualquer forma, entende Grandino Rodas que a figura da entrega não colide com as vedações à extradição (GRANDINO RODAS, 2000, p.34).

Abordando a questão em estudo, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros



principia afirmando que eventuais normas internas de inextraditabilidade e sobre privilégios referentes a cargos oficiais não eximiriam eventual não cooperação com o Tribunal. Segundo o autor, é por isso que o Estatuto distingue claramente entre a extradição de um Estado para outro e entrega de um Estado para o Tribunal (CACHAPUZ DE MEDEIROS, 2000, p.14)

A diferença fundamental consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega ao Tribunal não pode ser comparada à extradição.

Ademais, uma das principais causas da não-extradição de nacionais – a idéia de que não haverá imparcialidade na Justiça estrangeira – não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porque neste os crimes estão nitidamente cominados no *Estatuto*, suas normas processuais são as mais avançadas do Mundo e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas (2000, p.14)

Argumenta o autor que seria inútil criar o Tribunal Penal Internacional se ele não tivesse o poder de determinar que os acusados sejam compelidos a comparecer em juízo. Complementa que é “Importante sublinhar que o Tribunal Penal Internacional não será uma jurisdição estrangeira, mas uma jurisdição internacional, de cuja construção o Brasil participa, e terá, portanto, um vínculo muito mais estreito com a Justiça nacional.” (Destaques no original. 2000, p. 13)

Desse modo, conclui que a entrega prevista no Estatuto não fere as vedações à extradição previstas pela Constituição (2000, p.14).

Em relação à possibilidade de serem cominadas penas inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, não enxerga o autor empecilho, uma vez que as vedações se dirigem ao legislador interno apenas. Tal como na extradição, a aplicação dessas penas não é óbice à entrega (2000, p.15).

Valério de Oliveira Mazzuoli faz uma série de considerações ao problema aqui examinado. De acordo com o autor, o Estatuto, levando em consideração restrições à extradição previstas em vários textos constitucionais modernos, distingue claramente o que entende por entrega e por extradição (MAZZUOLI, 2004, p.251). Citando Cachapuz de Medeiros, afirma que a diferença fundamental é a de que o Tribunal se encarrega dos crimes mais atrozes de uma forma justa, independente e imparcial, visando a realizar o bem-estar da sociedade mundial; por causa disso, não se pode comparar a entrega ao Tribunal à extradição (2004, p.252). Frente a isso tudo, acaba repetindo a distinção feita pelo próprio Estatuto, e



concluindo que a entrega não fere o direito individual de inextraditabilidade previsto no art. 5º, LI (2004, p.252-3).

#### Adiciona o internacionalista

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão definidos no Estatuto de Roma e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

(...)

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de uma outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade (2004, p.253).

Mazzuoli segue Cachapuz de Medeiros na interpretação de que a imposição de penas inadmitidas pela Constituição não vicia o Estatuto; como se pode extraditar para onde é cominável pena aqui ilícita, pode-se também entregar onde pode ocorrer o mesmo. (2004, p.255)

Por último, argumenta no sentido de que pode haver enormes prejuízos ao Brasil caso ele não colabore com o Tribunal, passando a não ficar muito bem-visto perante a sociedade internacional (2004, p. 253).

Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos possuem colocação interessante a respeito do tema. Ao discutir sobre a impossibilidade de reservas ao Estatuto de Roma, afirmam que

Se reservas eram admissíveis, um país poderia, por exemplo, excluir extradição de seus nacionais alegando que isso violaria sua Constituição (ver, por exemplo, Art. 16 (2) do Grundgesetz alemão) – apesar da distinção correta entre extradição e entrega em art. 102 do Estatuto. Tal interpretação condenaria o ICC [*International Criminal Court* – denominação do Tribunal Penal Internacional em inglês] à inatividade (2000, p. 35).

Interessante porque entendem, por um lado, que é correta a distinção que o Estatuto faz entre extradição e entrega em seu art. 102, e que interpretar distintamente levaria o Tribunal à inatividade. Por outro, dizem que caso reservas fossem possíveis poderia um país excluir extradição de seus nacionais sob a alegação de violação a sua Constituição; afirmam excluir extradição, e não entrega, como seria de se esperar. Afinal, por que iria algum Estado desejar excluir a extradição na conceituação do Estatuto – isto é, transferência de pessoa para outro Estado -, se isso



não faria a mínima diferença na sua relação com o Tribunal? É quase como se a entrega não passasse de extradição. Essa passagem é, no mínimo, obscura.

André de Carvalho Ramos entende também que não há incompatibilidade. Principia expondo que a então posição do Supremo Tribunal Federal era a de que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam hierarquia de lei ordinária, mas que havia uma corrente alternativa, defensora da constitucionalidade desses tratados. Como medida conciliadora, o autor propõe uma terceira posição, pautada na presunção absoluta de compatibilidade entre a Constituição e as normas internacionais de direitos humanos, em face dos princípios constitucionais. Baseia-se o autor na ideia de que, se a Constituição estabelece o Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ela própria ser obstáculo a uma maior proteção dessa mesma pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais (2000, p. 261-5).

Partindo desse ponto, entende não haver incompatibilidade alguma entre a Constituição e o Estatuto. O autor estuda os requisitos da extradição para desvinculá-la da entrega. Mas sempre o faz montando paralelos entre esses requisitos e a entrega, para provar que esta é possível; o que é curioso, pois, se a entrega é figura distinta, não necessita seguir os requisitos da extradição. Não há necessidade desse paralelismo.

Um dos requisitos da extradição é o cumprimento das vedações ligadas à nacionalidade. Para o autor, a interpretação pela compatibilidade entre um diploma internacional de direitos humanos e a Constituição leva à diferenciação entre a extradição e a entrega. Baseia-se Ramos nas definições feitas pelo Estatuto. Outro ponto a ser observado é a identidade de infrações; isso não é problema, uma vez que todas os tipos penais do Estatuto também existem no País, mesmo os mais sofisticados, como "deslocamento forçado de população", já vez que pode ser relacionado a tipos penais caseiros como o de constrangimento ilegal (2000, p.271)

Outra exigência para a concessão da extradição é a não prescrição do crime. Isso pode ser um obstáculo, uma vez quase todos os crimes previstos no Brasil são prescritíveis, ao contrário daqueles previstos no Estatuto. Deve-se, portanto, diferenciar a extradição da entrega, pois só assim é que se afastará a alegação da prescrição como obstáculo à entrega de acusado de prática de crimes internacionais.



Desse modo, para a extradição, o crime poderá ser considerado prescrito; para a entrega, não. Essa diferenciação tem base no Princípio II da Resolução 95 da Assembleia Geral da ONU (2000, p.271-2).

A especialidade também é requisito a ser observado: não pode o Estado requerente julgar o extraditado por crime diferente daquele que fundamentou o pedido de extradição, devendo-se, antes, formular ao Brasil um pedido de extensão de extradição. Esse requisito, afirma o autor, pode ser perfeitamente aplicável tanto à extradição quanto à entrega (2000, p.272)

Último aspecto que a extradição deve ter relaciona-se ao devido processo legal e as penas a serem aplicadas. Afirma o autor que o STF é muito parcimonioso nessa análise, uma vez que apenas analisa se os requisitos mínimos da extradição foram cumpridos. André de Carvalho Ramos afirma haver clara convergência deste requisito da extradição com as garantias presentes no Estatuto de Roma, possuidor de uma série de garantias do devido processo legal e da imparcialidade tanto do julgador quanto do órgão acusador. Quanto à possibilidade de pena de prisão perpétua, não enxerga o autor óbices à entrega, pois as garantias do indivíduo se aplicam apenas ao legislador interno - o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente concedendo a extradição para Estados que possam aplicar penas proibidas na ordem jurídica brasileira. (2000, p. 272-4)

Finalizando-se esse tópico, pode-se chegar à conclusão de que quem não vê incompatibilidade entre a entrega e as reservas à extradição o faz principalmente com base na diferenciação entre entrega e extradição realizada pelo Estatuto. Por vezes, há outros argumentos também, como o de o Tribunal procurar proteger direitos humanos, e o de que entender diferentemente é inviabilizar o trabalho da corte. Interessante é a colocação de Grandino Rodas de que, quanto mais se busca distinguir ambos, mais se os aproxima. Afinal, a extradição acaba, de um modo ou de outro, sendo o referencial para a entrega.

## **2 Posições contrárias à compatibilidade**

O número de autores que defendem não haver compatibilidade entre a extradição e a entrega é bem menor. A ideia básica é a de que a entrega é, sim, uma



extradição. Não faz diferença o fato de o indivíduo ser remetido a um tribunal internacional, e não a um Estado.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que a "entrega" – como eles a colocam - de brasileiros é meio ilícito, frente às vedações à extradição. Para eles, os argumentos de que o Estatuto comporta medidas adequadas para a tutela de direitos humanos e perseguem os fins lícitos de punir pessoas que agredem violentamente direitos humanos podem até convencer do ponto de vista de política do direito (aquela que se ocupa com o que deve ser objeto de iniciativa legislativa, submetendo-se ao processo legislativo próprio das democracias representativas), mas não permitem concluir pela constitucionalidade do Estatuto. Não se avalia a situação do ponto de vista dos titulares dos respectivos direitos fundamentais que sofrem uma intervenção ilícita e inconstitucional em alguns de seus direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.184-5).

Dimoulis e Ana Lucia Sabadell alegam também que

Mesmo não sendo os extraditados brasileiros, sempre poderão alegar que os crimes de competência do TPI são de natureza política. Com efeito, por mais execráveis que sejam tais crimes, estes apresentam motivação e efeitos eminentemente políticos, sendo cometidos contra adversários políticos no intuito de consolidar e fortalecer o poder político. Assim sendo, a referida norma do Estatuto de Roma colide com normas claras e taxativas da Constituição Federal (DIMOULIS; SABADELL, 2009, p.51)

Ademais, criticam a distinção feita pelo Estatuto de Roma

A diferenciação entre entrega e extradição, assim como entre tribunais nacionais e internacionais, não modifica em nada o problema, pois não afeta a extensão dos direitos do indivíduo acusado ou procurado. Para essa pessoa não faz a menor diferença se será condenada por um Tribunal nacional ou internacional, se sua retirada compulsória do Brasil será efetuada a pedido de tribunal da primeira ou da segunda categoria e tampouco modifica sua situação jurídica a denominação técnica dada ao ato de sua prisão e entrega a autoridades não brasileiras. Como foi afirmado, não se trata de uma distinção ontológica, mas tão-somente de distinção grafológica. (2009, p.54)

Constata os autores uma distorção da lógica constitucional. Os direitos individuais, afirmam, não valem somente quando seu exercício convém às opções e prioridades políticas do poder. Valem sempre, independentemente da conveniência, da oportunidade e dos desejos dos governantes nacionais e/ou da comunidade internacional (2003, p.250). Para eles

Da mesma forma que seria inaceitável afirmar que a liberdade de crença só vale se a religião for avaliada como 'boa' pelo Estado, estranha a afirmação de que o direito





constitucional de um brasileiro de permanecer em seu país pode ser limitado quando o poder legislativo o considerar conveniente, alegando um interesse superior, como a harmonização do direito brasileiro com exigências da comunidade internacional (2003, p.250-1).

Curiosamente, mesmo após todo seu empenho em demonstrar que entrega e extradição são a mesma figura, aplicando-se àquela as vedações a esta, os autores declaram que cabe, por analogia, ao STF cuidar de pedido de entrega: “A competência do STF deve ser firmada por analogia, principalmente porque o TPI foi criado mediante tratado assinado por Estados soberanos que, dessa forma, lhe concederam parte de seu poder jurisdicional” (2003, p.255). Se, por um lado, reforça-se que entrega é extradição, uma vez que o Estatuto, no fim, provém do poder jurisdicional dos Estados que o criaram e o mantêm, por outro se distinguem ambos, por ser necessária, segundo os autores, uma analogia para essa fixação de competências. Ora, se se utiliza de analogia, trata-se de figuras diferentes; com alguma semelhança, mas distintas. Assim, no fim, diz-se nesse trecho que a entrega é distinta da extradição, em flagrante oposição ao que é dito ao longo de todas as obras citadas neste tópico.

A respeito do problema aqui abordado, Ricardo Ribeiro Velloso escreve que

Por não ser o Tribunal Internacional um Estado, defendem alguns que a entrega não seria feita a uma nação, mas sim a uma entidade distinta, aceita pelos Estados-membros e, dessa maneira, não atentatória à soberania nacional. Porém, nossa constituição é clara: não permite o julgamento de brasileiros por crimes praticados dentro do território nacional, fora de nossa jurisdição (VELLOSO, 2004, p.73)

André Ramos Tavares, dissertando a respeito do tema, assevera

Note-se, contudo, que o termo utilizado no Estatuto é *entrega*, e não *extradição*. A distinção é, entretanto, meramente grafológica, não se podendo considerar, seriamente, ser ontológica, nem mesmo para os mais entusiastas defensores do TPI. O Estatuto parece tratar os dois termos como não sendo sinônimos... (RAMOS TAVARES, 2010, p.561)

Para o autor, a única diferença está na qualidade do órgão requerente: enquanto a extradição é solicitada pelo Estado, a entrega o é por um organismo internacional, isto é, o Tribunal Penal Internacional. O outro possível fator de discriminação estaria no termo utilizado, “mais suave que o carregado *extradição*” (Grifos no original. 2010, p.561)

Continuando, afirma Tavares

A respeito, aduzia GROCIO: ‘ou entregar ou castigar’, o que é de aplicar à dualidade acima representada. Se se entrega para punir, a distinção esvai-se.



Consequentemente, as vedações que se aplicam a um caso, necessariamente, aplicar-se-ão ao outro. Isto porque o que se pretendeu com a mencionada proteção constitucional, além de asseverar a soberania o Estado brasileiro, ao reforçar a sua própria jurisdição sobre os nacionais, foi, também, protegê-los (2010, p.561).

André Ramos Tavares afirma que interpretações que visem a conceder sentido diverso à vedação constitucional, afastando-a da entrega, não poderão prevalecer, uma vez que as únicas diferenças que existem estão no termo e no ente que solicita o ato. Qualquer elucubração exegética nesse sentido produzirá o único efeito da sustentação do ridículo hermenêutico (2010, p.562).

Finalizando, afirma o autor

“E nem se poderia invocar o disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece que ‘o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos’, e o art. 4º da CF, que propugna pela prevalência dos direitos humanos (inc. II), cooperação entre os povos (inc. IX) e integração internacional (parágrafo único), porque, nada há, nesses dispositivos que autorize a submissão do País a tribunal de *natureza penal*, para entregar pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de sua nacionalidade ou do tipo de crime por elas supostamente praticado. O dispositivo constitucional mais próximo, do art. 7º do ADCT, apenas propugna pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. A formação de um tribunal internacional de direito humanos não requer, necessariamente, a formação de um com caráter punitivo, nos termos em que foi firmado o Estatuto de Roma” (2010, P.564)

Se há quem utilize o art. 7º do ADCT para justificar a compatibilidade da entrega, há também quem afirme que tal não é plausível, uma vez que o artigo não determina necessariamente que se crie um tribunal *penal*; pode-se, muito bem, criar um tribunal que não requeira a entrega de indivíduos para que possa funcionar.

Pode-se concluir que, apesar de seus defensores serem em menor número, a tese da incompatibilidade entre entrega e vedações à extradição não pode ser ignorada, uma vez que possui argumentos relevantes. O principal deles opõe-se ao principal argumento a favor da compatibilidade: entrega e extradição seriam, no fim, a mesma coisa, aplicando-se àquela as vedações a esta. A única diferença entre ambas seria se a pessoa é levada a um Estado ou a um tribunal internacional.

Dentre outros argumentos, pode-se destacar o de que o art. 7º do ADCT não possibilita a criação de tribunal internacional de direitos humanos que demande o envio de indivíduos para funcionar, uma vez que é totalmente possível criar uma corte que não necessite disso.

## Considerações Finais



A doutrina não é unânime quanto à compatibilidade da entrega com as vedações à extradição previstas no ordenamento jurídico brasileiro; é, todavia, majoritária num sentido. A maior parte dos autores entende que não há incompatibilidade alguma, uma vez que, tal como delineia o Estatuto de Roma, a entrega é distinta da extradição, não se lhe aplicando as reservas a ela.

Há diferentes argumentos sobre essa questão, mas o fulcral é o de que a distinção entre as duas figuras é correta. Caso ele se confirme, à entrega não se aplicam as vedações à extradição; caso contrário, incidem também na entrega as vedações à extradição – uma vez que, no fundo a entrega seria extradição.

De todas as colocações, extremamente interessante é a de Grandino Rodas: quanto mais se extrema uma figura da outra, mais não se separa uma da outra questão. No fim, mesmo que se aceite que se trate de conceitos distintos, a extradição sempre está junto da entrega; tal qual uma sombra, sempre a acompanha. Sempre é o seu referencial, seja por parte da doutrina que defende a distinção entre os dois conceitos, seja por parte do próprio Estatuto de Roma. Como bem se pode ver, há uma grande tensão entre os dois conceitos, caso se entenda que são distintos. Por um lado, a entrega é diferente o bastante da extradição para que não se apliquem a ela as vedações constitucionais desta; por outro, é próxima o bastante dela para que se utilizem várias de suas outras características e definições como referencial. No fim, usa-se a extradição como base da entrega em todos os aspectos – menos naqueles que tangem aos direitos fundamentais ligados à extradição.

Também de destaque é o argumento de Tavares de que o art 7º do ADCT não determina que se crie um tribunal internacional de direitos humanos que tenha necessariamente caráter penal. Desse modo, a referida disposição não abre uma exceção para a entrega de nacionais, caso entrega e extradição se confundam. Isso significa que o Estado brasileiro não pode entregar nenhum indivíduo sem que se observem as restrições à extradição; o que, certamente, em muito diminuiria a possibilidade de o País entregar pessoas a qualquer tribunal penal internacional.

A questão da compatibilidade da entrega com as vedações à extradição deve ser analisada com todo o cuidado, eis que há direitos fundamentais em jogo, além da possibilidade de descumprimento do Estatuto, gerando-se responsabilidade



internacional. Devem-se levar em conta todos os lados, para que se possa chegar à conclusão o mais acertada possível.

### Referências Bibliográficas

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. Tribunal Penal Internacional: Breve análise do Estatuto de Roma. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, n.21, jan-fev. 2000

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. (Série Ação Parlamentar, n.110, p.09-15)

CARVALHO RAMOS, André de. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.9, 2009, p.41-70

\_\_\_\_\_. Tribunal Penal Internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, SP: Universidade Metodista de Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 241-259, jul./dez. 2003

GRANDINO RODAS, João. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, Brasília, n.11, p. 31-5, 2000

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. **O direito internacional e o direito brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Ed. Ijuí, p.225-262, 2004

PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementaridade e soberania. **Revista CEJ**, Brasília, n.11, p. 70-4, 2000

REZEK, José Francisco. Princípio da complementaridade e soberania. **Revista CEJ**, Brasília, n.11, p. 65-70, 2000

STEINER, Silvia Helena F. Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.28, p.208-218, out.-dez. 1999



STEINER, Silvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a Pena de Prisão Perpétua e a Constituição Brasileira. **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, a. I, n.3, p. 72-4, dez-jan. 2005



