

# A DECISÃO DO ESTADO EM RECORRER A UMA SOLUÇÃO JURISDICIONAL DE SUAS CONTROVÉRSIAS

*Thiago José ZANINI GODINHO\**

## RESUMO

O acesso do Estado a uma solução jurisdicional de solução de controvérsias não segue a sistemática da inafastabilidade do poder judiciário do direito interno. Primeiramente, um encontro entre as vontades dos Estados a se submeterem a tal solução deve ter ocorrido, para então se fundar a competência da jurisdição internacional. Além disso, ultrapassados os óbices de cunho jurídico, a vontade política do Estado em submeter a questão a um terceiro, para obtenção de uma solução fundada no direito e obrigatória entre as partes não é tarefa simples, pois inúmeros fatores devem ser levados em consideração, como a força relativa dos Estados em questão, a matéria em litígio ou ainda a decisão esperada sobre o caso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consentimento do Estado. Formas e Possibilidades. Limitações. Solução Jurisdicional de Conflitos Internacionais. Decisão ao Recurso.

## INTRODUÇÃO

O consentimento dos Estados é base de qualquer recurso jurisdicional. A igualdade soberana dos Estados no sistema descentralizado e individual que é o sistema internacional tem por corolário a competência dos Estados para interpretar e aplicar eles

---

\* Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFMG e das Faculdades Pitágoras e Estacio de Sá de Belo Horizonte da UFMG. Mestre em Direito Internacional pela Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne.

próprios o direito. Ainda, é possível ver uma verdadeira « transferência de competências »<sup>1</sup> quando os Estados escolhem submeter à resolução de suas controvérsias a um terceiro habilitado não mais a propor ou sugerir, como na resolução política das controvérsias, mas a dirimir em um modo jurisdicional, que reúne os elementos fundamentais da função jurisdicional: uma decisão fundada no direito, sobre considerações jurídicas<sup>2</sup>, obrigatória para as partes, pronunciada por um terceiro ao litígio, ao término de um processo contraditório e garantindo o direito de defesa e igualdade das partes. Urge ressaltar a característica principal permitindo distinguir uma decisão jurisdicional de uma solução diplomática: trata-se da autoridade da coisa julgada, ou *res judicata*, que é consagrada no direito internacional nos artigos 59 e 60 do Estatuto da Corte internacional de Justiça, que dispõe que suas decisões somente são obrigatórias para as partes em litígio, no caso que foi tratado, e que sua sentença é definitiva e sem recurso possível. Esse caráter fundamental é ligado tanto às decisões das jurisdições permanentes que aos laudos emitidos pelos tribunais arbitrais<sup>3</sup>, e cabe a nosso estudo avaliar os aspectos postos em estudo pelos Estados envolvidos em uma controvérsia que levam seus governos a optar, ou não, por uma solução jurisdicional dos conflitos.

<sup>1</sup> LACHARRIERE, (G). « La politique juridique extérieure », Paris, collec. IFRI, éd. Economica, 1983, p. 136.

<sup>2</sup> O tribunal jurisdicional pode, também, dirimir um litígio *ex aequo et bono*, se as partes o requisitarem, conforme ao artigo 36 § 2 do Estatuto da CIJ. Jamais os Estados o fizeram perante a Alta Jurisdição, contudo, tal hipótese ocorreria no caso *Questão fronteira entre a Bolívia e o Peru* (1909), « *Wherever the royal enactments or dispositions do not define the right of possession to a territory in a clear manner, the Arbitrator shall decide the question equitably, keeping as far as possible to their meaning and to the spirit which inspired them.* » Artigo IV do tratado de arbitragem para a solução de litígio das questões fronteiriças entre as Republicas da Bolívia e do Peru, assinado em La Paz, 30 de dezembro de 1902. In R.S.A, vol. XI, p. 139.

<sup>3</sup> A autoridade das sentenças arbitrais é baseada na vontade das partes, e ela é, segundo o tribunal do caso *Trail Smelter* « *That the sanctity of res judicata attaches to a final decision of an international tribunal is an essential and settled rule of international law. If it is true that international relations based on law and justice*

## SEÇÃO I - O CONSENTIMENTO DO ESTADO

Assim, interessar-nos-emos às diversas formas e momentos que o consentimento pode tomar quando de sua expressão.

### A - O princípio do consentimento: o caráter voluntário.

O recurso a um modo de solução jurisdicional de controvérsias repousa sobre uma decisão voluntária da parte dos Estados. Com efeito, a sociedade internacional é composta de entidades iguais e soberanas. Parece-nos, pois, normal que a função jurisdicional internacional seja o reflexo da sociedade da qual ela é levada a dirimir os litígios, e assim entendemos melhor porque ela é forçosamente baseada no consenso de seus atores<sup>4</sup>. Esse atributo fundamental dos Estados que é a soberania implica, além da exigência mínima de se colocar a uma negociação, o recurso pelos Estados a um modo de solução de controvérsias, seja jurisdicional ou não, apresenta um caráter facultativo. Essa « *apanage de la souveraineté* »<sup>5</sup> foi colocada pela C.P.J.I., em ocasião de uma demanda de parecer do Conselho da S.d.N. no

---

*require arbitral or judicial adjudication of international disputes, it is equally true that such adjudication must, in principle, remain unchallenged, if it is to be effective to that end. Numerous and important decisions of arbitral tribunals and of the Permanent Court of International Justice show that this is, in effect, a principle of international law. It will be sufficient, at this stage, to refer to some of the more recent decisions. In the decisions of an arbitral tribunal constituted under the statute of the Permanent Court of Arbitration concerning the Pious funds of California (October 14, 1902, Hague Court Reports, 1916, p. 3) the question was whether the claim of the United States on behalf of the Archbishop of San Francisco and the Bishop of Monterey was governed by the principle of *res judicata* by virtue of the arbitral award of Sir Edward Thornton. This question was answered in the affirmative. » Trail Smelter case award, sentença de 16 de abril de 1938, 11 mars 1941, R.S.A, vol. III, p. 1950.*

Assim, o Presidente Bedjaoui teve a ocasião de precisar que a jurisdição consensual é « *la conséquence naturelle et inévitable de la conception actuelle des relations internationales* ». BEDJAOUÏ, (M). Discours à la Session de Lisbonne de 1995 de l'Institut du droit international, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66, t. II, Paris, Pedone, 1996, p. 77.

<sup>5</sup> BARDONNET, (D). « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel » *Theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century* - Mélanges Skubiszewski. 1996. p. 738.

caso do *Estatuto da Carélia oriental*: « Nenhum Estado poderia ser obrigado a submeter suas controvérsias com outros Estados seja à mediação, seja à arbitragem, enfim, à não importa qual procedimento de solução pacífica, sem seu consentimento »<sup>6</sup>.

Esse princípio de consensualismo é o fundamento da competência de qualquer órgão jurisdicional, principalmente se vista de forma negativa. Assim, um Estado tem sempre o direito de recusar a ser levado perante um tribunal se este não exprimiu seu consentimento. Tanto a C.P.J.I.<sup>7</sup> quanto a C.I.J.<sup>8</sup> lembraram com firmeza esse princípio em numerosas ocasiões, o que traduz a forte repugnância destes a se submeter a uma solução obrigatória e fundada no direito, por uma terceira parte, dos litígios.

Devemos sublinhar que é no exercício normal de sua soberania que Estados escolhem recorrer a um modo jurisdicional de solução de controvérsias, segundo a oportunidade e seus interesses políticos e a incidência de circunstâncias internas<sup>9</sup>. Ademais, podemos concluir, com o Professor Weil, que « recorrendo à solução judiciária [jurisdicional], os Estados não concedem nada, não renunciaram a nada, não sacrificam nada. [...] Os Estados não consentem à competência da Corte, eles a conferem competência. O princípio da jurisdição consensual não é uma expressão negativa de um sacrifício, mas sim a expressão positiva de uma escolha soberana »<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Rec. C.P.J.I., série B, n° 5, p. 27.

<sup>7</sup> Rec. C.P.J.I., *Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, Série A, n° 17, pp. 37-38 ; Rec. C.I.J. 1954, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt du 15 juin 1954, p. 32 ; Rec. C.I.J. 1953, *Ambatielos*, arrêt du 19 mai 1953, p. 19, cuja decisão se lê assim: « *La Cour ne se départit pas du principe bien établi en droit international et accepté par sa jurisprudence ainsi que par celle de la Cour permanente de Justice internationale, d'après lequel un Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends à arbitrage sans son consentement* ». A necessidade fundamental do consentimento dos Estados foi reafirmada recentemente no caso relativo ao *Timor leste*, no qual a Corte recordou « *un des principes fondamentaux de son Statut* » segundo o qual « *elle ne peut trancher un différend entre deux Etats sans que ceux-ci n'aient consenti à sa juridiction* », in Rec. C.I.J.1995, *Timor oriental*, arrêt du 30 juin 1995, p. 5, § 26..

<sup>8</sup> Rec. C.I.J. 1954, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt du 15 juin 1954, p. 32.

<sup>9</sup> V. *infra*,.

<sup>10</sup> WEIL, (P). « *Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la*

## B - As formas e o tempo do consentimento

O direito internacional se caracteriza por sua falta de formalismo. Assim, numerosas possibilidades são abertas aos Estados para exprimir sua decisão de conferir competência, isto é, de exprimir seu consentimento, a uma jurisdição internacional para dirimir um litígio. Como no consentimento à solução arbitral, o consentimento a um tribunal judiciário pode se realizar quando o litígio já existe, ou quando este aparecerá ulteriormente. Mesmo se em nossa análise nos apoiamos na CIJ, formação judiciária de atividade mais intensa, os princípios de aplicação são generalizáveis para outras jurisdições.

No que concerne ao recurso à Corte internacional de Justiça para controvérsias atuais, os Estados podem utilizar seja uma técnica convencional, a mais freqüente, seja uma técnica unilateral. A primeira consiste na conclusão entre os Estados partes do litígio de um compromisso a fim de submetê-lo à apreciação da Corte. Recordamos que esse compromisso terá um conteúdo menos amplo que o da arbitragem, o tribunal sendo já constituído e as regras pertinentes sendo pré-estabelecidas. Ademais, o Estado pode ainda acionar a Alta Jurisdição pela via de uma demanda unilateral. Baseando-se sobre o fato de que «nem o Estatuto, nem o Regimento exigem que esse consentimento se exprima em uma forma determinada»<sup>11</sup>, a Corte se julgou validamente competente pelo requerimento unilateral de um Estado seguido por uma aceitação não equívoca da outra parte. Essa jurisprudência constante<sup>12</sup> foi designada sob o termo de *forum prorogatum*.

### a) Técnicas convencionais

Como acabamos de ver, a decisão de recorrer a um método jurisdicional supõe um acordo entre os Estados, quer dizer, um tratado. Assim, podemos distinguir duas situações, entre tratados

---

jurisdiction consensuelle » Theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century - MéL. Skubiszewski. 1996, p. 843.

<sup>11</sup> Rec. C.I.J. 1948, *Détroit de Corfou*, arrêt du 25 mars 1948, p. 27.

<sup>12</sup> Por exemplo os casos *Ecoles minoritaires en Haute Silésie*, Rec. C.P.J.I.. Série A, n° 15, p. 23-24 ; ou *Haya de la Torre*, Rec. C.I.J. 1951, p. 78.

visando um ou mais litígios já existentes e determinados e aqueles que prevêm o recurso à CIJ para litígios ulteriores. No que concerne a um primeiro tipo de recurso, aquele decidido caso a caso, ele ocorre por meio de um compromisso, e os princípios do direito dos tratados a ele se aplicam. Os Estados dispõem de uma liberdade para fixar seu conteúdo. Entretanto, se no caso da arbitragem o compromisso é a « lei da arbitragem »<sup>13</sup>, seu papel é reduzido no caso da CIJ, uma vez que esta conta com regras de processo e constituição pré-estabelecida.

Sobre o consentimento dado em avanço, uma nova distinção pode ser estabelecida entre os tratados cuja finalidade é exclusivamente a previsão de tal recurso e aqueles contendo cláusula relativa à arbitragem entre outras. Ainda, « a cláusula compromissória é acessória ao tratado ao qual ela pertence [enquanto] o tratado de arbitragem permanente e obrigatório é um tratado autônomo »<sup>14</sup>. Quanto a essa hipótese, fala-se em arbitragem obrigatória<sup>15</sup>, mesmo se é normalmente necessário concluir posteriormente um compromisso a fim de precisar o objeto da demanda e o processo<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> DAILLIER, (P) et PELLET, (A). *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 870. definindo o objeto da controvérsia, a composição do tribunal ou as condições de sua constituição, os poderes dos árbitros, o processo aplicável, método seguido pelo tribunal, compreendendo eventualmente a designação do direito aplicável, a sede do tribunal e os gastos relativos à atividade do mesmo. ONU - OFFICE OF LEGAL AFFAIRES (CODIFICATION DIVISION). *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. OLA/COD/2394. United Nations, New York, 1992, p. 58.

<sup>14</sup> DAILLIER, (P) et PELLET, (A), *op. cit.* nota 13, p. 872.

<sup>15</sup> A CIJ teve a ocasião de relembrar o alcance da obrigatoriedade desse tipo de arbitragem no parecer *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'ONU*, de 26 de abril de 1988, Rec. C.I.J. 1988. No seu parágrafo, ela precisa que « *la demande d'avis tend exclusivement à déterminer en l'espèce si, par application de la section 21 de l'accord de siège, l'Organisation des Nations Unies était en droit de demander l'arbitrage et si les Etats-Unis avaient l'obligation de se soumettre à cette procédure* », respondendo, no parágrafo 58 do mesmo, que ela « *est d'avis que les États-Unis d'Amérique, en tant que partie à l'accord (...) sont tenus, conformément à la section 21 de ce accord, de recourir à l'arbitrage pour le règlement du différend qui les oppose à l'Organisation des Nations Unies* ».

<sup>16</sup> ONU. *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. p. 58.

A primeira técnica, a mais antiga, da cláusula compromissória, consiste em inserir o compromisso de recorrer à solução jurisdicional em uma cláusula de um tratado cujo objeto é outro que a solução de controvérsias. O alcance dessa cláusula é variável: ela é dita geral quando visa todas as controvérsias suscetíveis de nascer de fatos relacionados ao tratado que a contém<sup>17</sup>. Ao inverso, ela é dita especial<sup>18</sup> quando prevê o recurso para litígios relativos à aplicação e interpretação do tratado que a contém. Podemos constatar que os principais assuntos nos quais se encontram tais cláusulas permanecem essencialmente técnicos<sup>19</sup>: tratados de comércio, de navegação e de estabelecimento, acordos relativos aos transportes aéreos, *etc*<sup>20</sup>.

Em definitivo, desde a revisão do Regimento de 1978, uma nova possibilidade é aberta pelo artigo 38, parágrafo 5, aos Estados. Estes podem acionar a Corte por requerimento unilateral, é transmitida à defesa como uma « oferta de jurisdição » que este pode recusar. Trata-se, assim, de um mecanismo que permite à Corte « de investigar um eventual consentimento da parte de um Estado lhe transmitindo o requerimento que a ela foi apresentado »<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Como aquele presente no Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948, que torna possível o recurso seja à arbitragem, seja à Corte Internacional de Justiça.

<sup>18</sup> Por exemplo, o artigo XXVI do Tratado de amizade, comércio e navegação, concluído entre os Estados Unidos e a Itália em 2 de fevereiro de 1948, que foi utilizado como base da competência da CIJ no caso *Elettronica Sicula S.p.A.*, Rec. C.I.J. 1989, acórdão de 20 de julho de 1989.

<sup>19</sup> Cf. Relatório provisório do IDI, sessão Amsterdam, *Annuaire I.D.I.*, 1957, t. I, p. 98-99.

<sup>20</sup> Por exemplo, v. SAHOVIC, (M). « Les accords entre la Yougoslavie et la Roumanie relatifs au système de production d'électricité et de navigation sur le Danube », A.F.D.I., 1969, pp. 774- 783. A cláusula compromissória especial conheceu certo sucesso posto que, segundo pesquisa certamente bem antiga, realizada por Suzanne Bastid, sobre os tratados registrados junto ao Secretariado das Nações Unidas, 14,12 % entre eles continha tal cláusula. BASTID, (S). « Enquête sur les traités - Résultats d'une enquête sur les conditions de conclusion des traités et sur les clauses relatives au règlement des différends », A.F.D.I., 1967, pp. 544-546.

<sup>21</sup> RUIZ FABRI, (H). e SOREL, (J.-M). « Organisation judiciaire internationale », *Juris-classeur du Droit International*, Fascicule 216, 2001, p. 4.

*b) Técnicas unilaterais*

Mais interessante é a técnica da declaração unilateral de aceitação da competência da Corte. O artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto de la Corte<sup>22</sup>, oferece uma opção aos Estados que podem aceitar a competência obrigatória da Corte de forma antecipada. Esse mesmo « mecanismo engenhoso »<sup>23</sup>, se encontra no sistema de proteção dos direitos humanos na Corte europeia de direitos humanos<sup>24</sup> e da Corte interamericana de direitos humanos<sup>25</sup>. A declaração facultativa de jurisdição obrigatória é, pois, um ato unilateral do Estado desejoso de conferir a competência de dirimir um litígio à CIJ, que não necessita de nenhuma forma particular, salvo que ela deve ser depositada junto ao Secretario geral da ONU, em conformidade ao parágrafo 4.

Esse sistema abre uma larga possibilidade aos outros Estados de peticionar perante a Corte para dirimir um litígio ao qual o Estado que apresentou tal declaração é parte, pois ela não determina quais são os Estados que podem acioná-la para fundar a competência da Corte, se a condição de reciprocidade é preenchida. A reciprocidade se exprime na busca, pela Corte, da vontade comum das partes a um litígio. Em vários casos, a Corte internacional de Justiça pode confirmar esse princípio que delimita a competência obrigatória que foi acordada pelos Estados à Alta Jurisdição, « seguindo desta forma a jurisprudência da C.P.J.I. (...) [ela] consagrou esse método de definir os limites de sua competência »<sup>26</sup>. No caso do *Anglo-Iranian Oil Co.*, a Corte precisou

---

<sup>22</sup> Os Estados partes neste presente Estatuto que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tratem sobre: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer questão de direito internacional; c) a existência de todo feito que, se for estabelecido, constituirá violação de uma obrigação internacional; d a natureza ou extensão da reparação que seja feita pela quebra de uma obrigação internacional.

<sup>23</sup> VIRALLY, (M). « Le droit international en question » in *Le droit international en devenir*, Paris, PUF, 1990, p. 14.

<sup>24</sup> Convenção europeia de salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, assinada em 4 de novembro de 1950, artigo 46.

<sup>25</sup> Convenção americana de direitos humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, artigo 62.

<sup>26</sup> Rec. C.I.J. 1957, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, acórdão de 6 de julho de 1957, p. 23.



que « a declaração do Irã sendo de alcance mais limitado que a do Reino Unido, é na declaração do Irã que a Corte deve se basear »<sup>27</sup>. Portanto, a decisão de acordar à Alta Jurisdição a competência necessária para dirimir um litígio se apresenta aos Estados como uma opção política entre outras, de caráter discricionário, e, sobretudo, relativa à faculdade de inserir certas condições e reservas<sup>28</sup>. Tal fato foi observado pela CIJ há vinte anos, estimando que as declarações facultativas de jurisdição obrigatória do artigo 36, parágrafo 2 « são compromissos facultativos, de caráter unilateral, que os Estados tem toda liberdade de subscrever ou de não subscrever »<sup>29</sup>.

*c) Vontade dos Estados e jurisdição « obrigatória »*

No que concerne ao acordo para conferir a competência à Corte anteriormente ao acontecimento do litígio, fala-se em jurisdição « obrigatória », o que geralmente foi descrito como um progresso<sup>30</sup>. Ela não significa que a jurisdição seja imperativa, pois se ela obriga um Estado réu a se ver atraído a um tribunal, ela não obriga que ele recorra, como demandante, em todos os casos, a um modo jurisdicional de solução de controvérsias, não sendo, pois, exclusiva, já que os outros modos permanecem abertos. De uma maneira geral, pode-se constatar que os Estados são assas reticentes a se comprometer antecipadamente, posto que o consentimento é dado « às cegas », os Estados ignorando o objeto das controvérsias a surgir e a identidade do hipotético Estado demandante<sup>31</sup>. A decisão dos Estados depende assim da « convicção

<sup>27</sup> Rec. C.I.J. 1952, *Anglo-Iranian Oil Co.*, acórdão de 22 de julho de 1951, p. 103.

<sup>28</sup> Que veremos mais abaixo, no tópico concernente às reservas à declaração facultativa de jurisdição obrigatória.

<sup>29</sup> Rec. C.I.J. 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité)*, acórdão de 26 de novembro de 1984, § 59. A Corte ressalta que « *L'Etat est libre en outre soit de faire uma déclaration sans condition et sans limite de durée, soit d'assortir de conditions ou de réserves* ».

<sup>30</sup> Combacau fala de uma « *amélioration technique considérable* ». COMBACAU, (J). e SUR, (S). *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 5<sup>e</sup> édition, 2001, p. 583.

<sup>31</sup> GUILLAUME, (G). « *Politique des Etats à l'égard du règlement pacifique par tierce partie* » in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle - Le regard d'un juge*. Paris, Pedone, 2003, p. 5.

que o risco de ser atraído como réu é compensado pela vantagem de poder peticionar unilateralmente a jurisdição »<sup>32</sup>.

Em definitivo, constata-se que poucos Estados aceitam a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, uma vez que contamos apenas 63 Estados nessa situação<sup>33</sup>, a « submissão à jurisdição obrigatória não corresponde a uma prática geral »<sup>34</sup>. Todavia, pode-se revelar um relativo sucesso do sistema em um plano bilateral ou regional, como nos mostra o exemplo europeu dos tratados criando as Comunidades européias e a Convenção européia de direitos humanos, o que pode se explicar por uma integração mais aprofundada dos Estados que desenvolvem « relações confiantes de amizade »<sup>35</sup> em um contexto regional. Tudo isso esclarece a preferência marcada dos Estados por um consentimento em caso a caso à solução jurisdicional das controvérsias concretas, já constatadas. Com efeito, o Estado permanece então plenamente mestre de seu destino.

---

<sup>32</sup> RUIZ FABRI, (H), et SOREL, (J-M). *op. cit.*, nota 21, p. 6. Um Estado cuja visão do direito internacional é conforme com a realidade do direito positivo seria mais inclinado a se comprometer antecipadamente com uma solução jurisdicional. Assim, se comprometer antecipadamente não seria para ele mais que um sacrifício leve que lhe permitiria ter um compromisso recíproco de outros Estados. Ademais, outras preocupações menos cínicas podem explicar a decisão de certos Estados em dar seu consentimento de avanço a uma jurisdição como, por exemplo, a importância que cada Estado liga à promoção do papel do direito nas relações internacionais. Esse foi o caso por longa data da França antes da retirada de sua declaração opcional em seguida ao caso *Essais Nucléaires*. Com efeito, antes de se sentir « traída » pela CIJ, a França acordava toda sua confiança a esta. Ressaltamos, ainda, que se a França retirou sua declaração facultativa do artigo 36 § 2 du Estatuto da Corte, ela tomou cuidado em precisar que esse comportamento não se traduziria em uma hostilidade de princípio com relação à solução judiciária ou arbitral das controvérsias.

<sup>33</sup> *Annuaire CIJ 2001-2002*, Cour internationale de Justice, n° 56, La Haye, 2002, p. 124.

<sup>34</sup> Resposta do MAE a Q.E. J.P. COT, n° 7.950, J.O. A.N. 9 mars 1974, p. 1948.

<sup>35</sup> GUILLAUME, *op. cit.* nota 31, p. 6.

## SEÇÃO 2 – LIMITAÇÕES E CONSIDERAÇÕES NA TOMADA DE DECISÃO DE RECURSO A UMA SOLUÇÃO JURISDICIONAL

Vários limites ao consentimento são concebíveis e foram avançados pelos Estados. Tratam-se da questão da justiciabilidade do litígio e aquelas da retirada das declarações de aceitação da jurisdição, ou das suas reservas. Ademais, é imperioso ressaltar que a escolha por uma solução jurisdicional é pautada pela análise de diversos fatores, compondo a política jurídica externa de um Estado.

### A - Limitações ao consentimento

Vários limites ao consentimento são concebíveis e foram avançados pelos Estados. Trata-se da questão da justiciabilidade do litígio, aquelas da retirada das declarações de aceitação de jurisdição, assim como o acréscimo de reservas a essas.

#### *a) A justiciabilidade do litígio*

Devemos sublinhar que, a fim de aprisionar ao máximo o alcance de seu consentimento em limites estreitos, e assim o campo de aplicação de potencial solução jurisdicional de seus litígios, os Estados tentaram argumentar a não justiciabilidade de certos tipos de controvérsias por causa de sua natureza intrínseca. Para tanto, eles se apoiaram sobre uma teoria, não desenvolvida pela sua prática internacional, mas de origem direta da doutrina<sup>36</sup>. Historicamente, a teoria das controvérsias não justiciáveis é fruto de reflexões tendo por ambição favorizar a alçada da jurisdição dita obrigatória mostrando aos Estados recalcitrantes a fraqueza do risco da submissão de seu litígio a um órgão jurisdicional obrigatório, pois este somente poderia ser levado a conhecer de controvérsias menores, isto é, as controvérsias

---

<sup>36</sup> LAUTERPACHT, (H) « La théorie des différends non justiciables en droit international », R.C.A.D.I., 1930-IV, t. 34, pp. 502 e 551, no qual cita Vattel como o primeiro a exprimir a idéia. Aliás, devemos notar que esse nascimento da teoria se fez de maneira assaz paradoxal, pois ela foi pensada, inicialmente, para ter o efeito inverso da utilização hoje feita pelos Estados.

justiciáveis, e seria incapaz de « decidir das questões que apresentam um interesse vital para as nações »<sup>37</sup>, que foi reconhecida no direito convencional nas Convenções da Haia de 1899 e de 1907<sup>38</sup>, que, alias, são modelos a numerosos tratados multilaterais de jurisdição obrigatória<sup>39</sup> e repetidas sucessivamente nos Estatutos da C.P.J.I.<sup>40</sup> e da C.I.J.<sup>41</sup>

Segundo uma definição clássica dada pela Corte da Haia, « um litígio é um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas »<sup>42</sup>. Baseados nessa definição, os Estados quiseram distinguir dois tipos de controvérsias: as « jurídicas » e as « políticas ». Somente as primeiras seriam justiciáveis enquanto as segundas seriam insuscetíveis de se verem dirimidas pela via do direito. Assim essa teoria sedutora aparece cômoda as Estados desejosos de reencontrar seu livre-arbítrio, enquanto que eles mesmos haviam dado seu consentimento antecipadamente a um modo jurisdicional de solução controvérsias. Portanto, longe de suas preocupações originais, tal teoria « se revelou como uma mascara eficaz atrás da qual o Estado pode esconder suas verdadeiras intenções e onde se sente ao abrigo de qualquer critica »<sup>43</sup>. Porém, essa teoria é altamente criticável, pelo

<sup>37</sup> LAUTERPACHT, *op. cit.* note 36, p. 502

<sup>38</sup> Convenção de Haia de 1899, artigo 16, e Convenção de Haia de 1907, artigo. 38

<sup>39</sup> V. o Tratado de arbitragem entre a França e a Grã-Bretanha de 14 de outubro de 1903, que dispunha em seu artigo 1 que: « *Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux Parties Contractantes, qui viendraient à se produire entre elles et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la Cour permanente d'Arbitrage établie par la Convention du 29 juillet 1899 à La Haye, à la condition toutefois qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux ni l'indépendance ou l'honneur des deux États contractants et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces Puissances* ».

<sup>40</sup> Cf. article 36 du Statut.

<sup>41</sup> Cf. article 36 du Statut.

<sup>42</sup> Rec. C.P.J.I. *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 - exceptions préliminaires, Série A n°2 p. 11.

<sup>43</sup> BEIRLAEN (A.), « La distinction entre les différends juridiques et les différends politiques dans la pratique des organisations internationales », R.B.D.I., 1975-II, p. 440.

fato da impossibilidade de encontrar um critério satisfatório para definir claramente as controvérsias jurídicas das políticas. Com efeito, nos parece que, na realidade, não existe diferença fundamental de natureza entre as controvérsias ditas políticas das ditas jurídicas<sup>44</sup>. Nenhum litígio interestatal tem um caráter exclusivamente político ou jurídico<sup>45</sup>. Ademais, acreditamos que cada litígio, incluindo aqui aqueles de forte importância política, pode ter uma resposta jurídica, ao menos virtualmente.

Então chegamos à conclusão de que não existe limitação técnica quanto à possibilidade de dirimir em direito qualquer controvérsia internacional, todas sendo justiciáveis, o que reduz a teoria a uma simples manifestação do princípio da necessidade do consentimento estatal para qualquer recurso jurisdicional<sup>46</sup>. Clarificando ainda mais, « o que varia é a política de « justiciabilidade » das controvérsias internacionais que pratica cada Estado »<sup>47</sup>. Assim, a verdadeira questão é aquela de saber se os Estados têm o interesse de submetê-las à solução jurisdicional,

---

<sup>44</sup> LAUTERPACHT, *op. cit.* nota 36, p. 563 et suiv.

<sup>45</sup> Podemos constatar tanto na jurisprudência da C.P.J.I. (*Affaire Droit des minorités en Haute-Silésie* : « Il n'y a aucun différend que les États admis à ester devant la Cour ne puissent lui soumettre ». Rec. C.P.J.I., Série A, n°15, p. 22), quanto na da C.I.J. (*Casos Personnel diplomatique et consulaire des États-unis à Téhéran*, Rec. C.I.J. 1980, p. 19-20 ; *Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et admissibilité)*, Rec. C.I.J. 1984, p. 439 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Rec. C.I.J. 1989, p. 91 ; *Application de la convention sur le crime de génocide*, Rec. C.I.J. 1993, p. 325.) a firme rejeição das tentativas dos Estados de fazer aplicação dessa distinção de justiciabilidade. Ainda, enumerar os diferentes casos que foram levados perante as cortes de Haia « signifierait faire le tour d'une partie substantielle de l'histoire politique de l'Europe » LAUTERPACHT, *op. cit.* nota 36, p. 555. E como chamou a atenção o precedente Secretário Geral Boutros Boutros-Ghali, « les différends juridiques qui sont soumis [à la Cour] ne sont souvent que la traduction normative de conflits politiques plus profonds » Discurso pronunciado em 17 de março de 1995, SG/SM/5583, L/2710, p. 5.

<sup>46</sup> LAUTERPACHT, *op. cit.* nota 36, p. 585

<sup>47</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 151.

*b) Retirada de declarações facultativas de jurisdição e uso de reservas*

Nesse momento vamos analisar as questões concernentes à existência, vigência e alcance da aceitação da competência do juiz. Esta análise é necessária a fim de mostrar os limites e objeções que os Estados fixam normalmente ao seu consentimento, dado antecipadamente, à solução jurisdicional de solução de litígios interestatais. Os Estados buscam, e isso é natural, restringir ao máximo o alcance de seu compromisso. Tal restrição pode se realizar de duas maneiras, seja tentando e desligar da obrigação, seja a delimitando contornos precisos.

Primeiramente constatamos que a tentativa de dar um efeito *ex tunc* à retirada da declaração dos Estados desejosos de não mais permitir o recurso a um modo jurisdicional de solução de controvérsias baseados no consentimento que eles deram antecipadamente foi pela CIJ, que estimou, no caso *Nottebohm*, que a retirada não pode ter efeito retroativo, ou seja, que ela não pode impedir a análise dos casos já introduzidos diante a Alta Jurisdição<sup>48</sup>. Ademais, devemos constatar que é impossível aos Estados de por fim instantaneamente seu compromisso contido na declaração. Com efeito, no célebre *dictum* do caso *Nicarágua*, a Corte afirmou que « o direito de por fim imediatamente às declarações de duração indefinida está longe de estar estabelecido. A exigência de boa fé parece impor de lhes aplicar, por analogia, o tratamento previsto pelo direito dos tratados, que prescreve um prazo razoável para a retirada ou denuncia de tratados que não incluem nenhuma cláusula de duração »<sup>49</sup>. Mais difícil ainda seria na presença de uma cláusula de aviso prévio, que é o caso dos Estados Unidos no caso *Nicarágua*<sup>50</sup>, e a Corte afirmou que se a regra é de total

<sup>48</sup> A Corte determinou que « le retrait de la déclaration facultative n'a pas de conséquences pour l'affaire en cours, la compétence étant établie à la date de la saisine ». Rec. C.I.J. 1953, *Nottebohm*, acórdão de 18 de novembro de 1953, p. 122.

<sup>49</sup> Rec. C.I.J. 1984, *op. cit.* nota 29, § 63.

<sup>50</sup> Quando o serviço secreto americano advertiu o Departamento de Estado da iminência do requerimento da Nicarágua perante CIJ, o governo americano

liberdade dos Estados de introduzir ou não tal cláusula na sua declaração facultativa de jurisdição obrigatória, de modificá-la, ou mesmo de denunciá-la, devemos constatar que esses Estados assumiram « uma obrigação irrevocável com relação aos outros Estados que aceitaram a cláusula facultativa, declarando formalmente e solenemente que qualquer mudança parecida apenas teria efeito após a expiração dos seis meses de preaviso »<sup>51</sup>.

O princípio da reciprocidade se aplica também nas reservas avançadas à declaração facultativa de jurisdição obrigatória, cujas implicações, muito controvertidas e longamente debatidas, permanecem no « coração » do sistema atual de jurisdição obrigatória<sup>52</sup>. A prática dos Estados em matéria de reserva ultrapassa a redação simples adotada pelo parágrafo 3 do artigo 36 do Estatuto<sup>53</sup>, uma vez que os Estados rapidamente sentiram a necessidade de ampliar o campo de aplicação das reservas, que foi favorecido pelo aval dado pela S.d.N. a essa prática com a finalidade de encorajar a aceitação da jurisdição da Corte<sup>54</sup>, sob argumento de que a declaração de aceitação seria um

---

endereçou à Corte a famosa carta *Schultz* (Carta do Departamento de Estado do Governo dos Estados Unidos da América ao Secretário Geral das Nações Unidas, de 6 de abril de 1984), tratando da não aplicabilidade da jurisdição obrigatória da CIJ com relação a disputas contra Estados da América Central, na qual os EEUU afirmam que sua declaração « *shall not apply to disputes with any Central American states or arising out of or related to events in Central America, any of which disputes shall be settled in such manner as the parties to them may agree (...) this proviso shall take effect immediately* ». In I.L.M. 1984, vol. XXIII, n° 3, p. 670, a fim de modificar o conteúdo da declaração feita em virtude do artigo 36, §2, do Estatuto da Corte. Porém os juizes confirmaram que o princípio de livre escolha de subscrição ou não à declaração opcional é aberta aos Estados, porém « *le caractere unilatéral des déclarations n'implique pourtant pas que l'Estado déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels* » Rec. C.I.J. 1984, *op. cit.* nota 29, § 60.

<sup>51</sup> Rec. C.I.J. 1984, *op. cit.* nota 29, § 61.

<sup>52</sup> Rec. C.P.J.I., *Compagnie électrique de Bulgarie et Sofia*, série A/B n° 77 (1939), p. 81.

<sup>53</sup> « 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 ».

<sup>54</sup> MERILLS, (J.G) « The optional clause today », B.Y.B.I.L. 1979, p. 89.

« compromisso convencional »<sup>55</sup>, ponto abordado pela CIJ no caso *Direito de Passagem*<sup>56</sup>. Três tipos de reservas podem ser incluídos em uma declaração opcional atributiva de jurisdição da Corte internacional de Justiça: as reservas *ratione temporis*, *ratione materiae*, ou *ratione personae*.

Esse último tipo de reserva, que exclui do campo da solução jurisdicional em virtude da qualidade subjetiva de um Estado, assaz raro, mas que ainda persiste, sobretudo nos países Commonwealth<sup>57</sup>. Assim, devemos nos interessar nas reservas cuja finalidade é excluir certos tipos de controvérsias do « campo operatório da solução judiciária internacional »<sup>58</sup> em razão de sua matéria. Essa modalidade levanta alguns problemas, principalmente duas variantes possíveis: a reserva automática (sobretudo na sua modalidade americana, dita reserva *Connally*) e a reserva *Vandenberg*.

Quanto à primeira, ela tem por objeto a exclusão da competência da Corte as controvérsias que tocam a competência exclusiva do Estado<sup>59</sup>. Cabe ao tribunal determinar se o litígio releva ou não ao direito internacional. Evidentemente esse tipo de reserva material não cauda nenhuma dificuldade da aplicação, quando um jurisdição é levada a conhecer de controvérsias relativas a obrigações internacionais. Entretanto, de forma diversa ocorre há a hipótese de se deparar com as « reservas *Connally* », que visam às controvérsias

<sup>55</sup> HIGGINS (R). « Problems and process - international law and how we use it », Clarendon press, Oxford, 1994, p. 193.

<sup>56</sup> Rec. C.I.J. 1957, *Droit de Passage*, pp. 145-147.

<sup>57</sup> Annuaire C.I.J. 2001-2002, *op. cit.* note 33, p. 142. Esses últimos incluíram assim tal reserva com relação a outros países do Commonwealth, como a declaração indiana de 18 de setembro de 1974 « le Gouvernement de la République de l'Inde reconnaît comme obligatoire (...) la juridiction de la Cour internationale de Justice sur tous le différends autres que : (2) les différends avec le gouvernement d'un Etat qui est ou a été membre du Commonwealth des nations ».

<sup>58</sup> VIRALLY, (M). « Le champ opératoire du règlement judiciaire international » R.G.D.I.P., 1983, vol 2, pp. 281-314.

<sup>59</sup> Assim, por exemplo, segundo a reserva trazida pelo governo canadense, foi retirada da jurisdição da CIJ « les différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de la juridiction du Canada », Annuaire CIJ 2001-2002, *op. cit.* nota 33, p. 131.



concernentes à competência nacional dos Estados tal como definida por eles mesmos<sup>60</sup>. Sua finalidade é de neutralizar o princípio de competência do tribunal para apreciar sua própria competência, tal como enunciado no parágrafo 6 do artigo 36 do Estatuto da Corte. Contudo essa reserva foi ressentida pela França como uma « faca de dois gumes »<sup>61</sup>. A Noruega, réu no caso *Empréstimos noruegueses*, argumentando que o princípio da reciprocidade deveria ser aplicado em seu favor, demandou à CIJ que se considera incompetente para dirimir o litígio. Ora, a reserva francesa exclui as controvérsias que tocam a competência nacional tal como definida pelo seu governo. Conseqüentemente a Corte julgou que « a Noruega tem fundamento (...) para excluir (...) as controvérsias que a Noruega considera como pertencente essencialmente à sua competência nacional »<sup>62</sup>. A simples afirmação pelo Governo norueguês do fato que a questão dos empréstimos concerne ao seu direito interno levou *de facto* à incompetência da Alta Jurisdição. Ainda mais firmemente, o *dictum* determina, aliás, que a CIJ não se pronunciou sobre a questão de saber se o tema realmente é parte da sua competência nacional, pois o governo da Noruega « deve ser o único juiz da questão »<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Tal reserva ainda se encontra na declaração opcional do México: « *La présente déclaration, qui n'est pas applicable aux différends nés des faits qui, de l'avis du Gouvernement du Mexique, relèvent de la juridiction interne des Etats-Unis du Mexique* », *Annuaire CIJ 2001-2002, op. cit.* nota 33, p.153.

<sup>61</sup> DEYFUS, (S). « *Les déclarations souscrites par la France aux termes de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice* », *A.F.D.I.*, 1959, p. 269.

<sup>62</sup> *Rec. C.I.J.* 1957, *op. cit.* nota 26, p. 18.

<sup>63</sup> LEVY, (D). « *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* », *A.F.D.I.*, 1957, p. 155. Em definitivo, percebe-se que a França foi a vítima de sua própria reserva, que se voltou contra ela. O instrumento preventivo que ela acreditava ter assegurado por meio dessa reserva tinha por objetivo lhe permitir não se atrairá diante da CIJ sem que ela assim o desejasse e valeria a exigir dela um consentimento caso a caso. Todavia, foi esse mesmo instrumento que a impediu de fundar a competência da CIJ quando esteve em posição de demandante. Sir Lauterpacht, em suas opiniões individuais nos casos *Emprunts norvégiens* e *Interhande*, exprimiu a idéia, convincente a meus olhos, de que a reserva seria totalmente contrária ao Estatuto, que, no parágrafo 6 de seu artigo 36, dispõe: « Em caso de disputa sobre se a Corte tem ou não jurisdição, a Corte decidirá ».

Outro tipo de reserva é a conhecida sob o nome do senador americano que a propôs: *Vandenberg*. Ela consiste em excluir do campo de aplicação da declaração facultativa de jurisdição obrigatória os litígios concernentes à aplicação de uma convenção multilateral se as partes nesse litígio não são exatamente as mesmas da própria convenção<sup>64</sup>. A idéia era de proteger os direitos dos terceiros Estados, mas os Estados Unidos tentaram lhe dar uma interpretação extensiva, no caso *Nicarágua*. A Corte considerou que não podia « rejeitar as demandas nicaraguenses fundadas em princípios do direito internacional costumeiro pelo simples motivo de que esses princípios são repetidos em textos convencionais invocados pela Nicarágua [e a Corte não seria] unicamente acionada no caso em tela pela violação das disposições das convenções multilaterais invocadas, assim a reserva [Vandenberg] não permite, de qualquer forma, rejeitar a demande »<sup>65</sup>. Mais uma vez é possível duvidar da validade de tais reservas no caso da declaração facultativa de jurisdição obrigatória. Entretanto, novamente a Corte não se pronunciou sobre a questão, seguindo sua habitual economia jurisprudencial.

Enfim podemos constatar o importante numero de reservas tendendo a inserir limites temporais à competência da Corte. A primeira possibilidade de limitação *ratione temporis* é aquela de acorda competência à Corte somente aos litígios supervenientes após a entrada em vigor da declaração (ou de excluir aqueles que

---

Com efeito, ele estima que « *si ce type de reserve est valable, alors la Cour n'est pas en mesure d'exercer le pouvoir qui lui a été conféré, en fait, le devoir qui lui a été imposé* » LAUTERPACHT, (H). *Opinion individuelle dans affaire relative à certains emprunts norvégiens*, acórdão de 6 de julho de 1957, nota 62, p. 39.

<sup>64</sup> Segundo a fórmula estadunidense, « *différends résultant d'un traité multilatéral, à moins que 1) toutes les parties au traité que la décision concerne soient également parties à l'affaire soumise à la Cour, ou que les Etats-Unis d'Amérique acceptent expressément la compétence de la Cour* ». In Rec. C.I.J. 1984, *op. cit.* nota 29, § 67, p. 34. Essa reserva ainda se apresenta no parágrafo 7 da declaração da Índia, v. *Annuaire CIJ, op. cit.* nota 33, p. 142.

<sup>65</sup> Rec. C.I.J. 1984, *op. cit.* nota 29, § 73. Ainda, no acórdão de 27 de junho de 1986, a Corte deu efeito à reserva, sem tocar na validade da mesma. In Rec. C.I.J. 1986, *Activité militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Fond), § 56.

apareceram anteriormente a esta). Tal reserva é compreensível, pois tem finalidade de retirar das declarações « Qualquer efeito retroativo, seja para evitar, de maneira geral, acordar reclamações antigas, seja para excluir a possibilidade de ver diferidos por requerimento à Corte situações ou fatos que remontem a uma época na qual o Estado em causa não poderia prever o recurso do qual poderia ser objeto tais fatos e situações »<sup>66</sup>.

Como vimos a pouco, « a jurisdição dos tribunais internacionais seria mesmo de caráter geral e aceita antecipadamente, e essencialmente voluntária. A solução de controvérsias pela via do direito não é considerada como um dever fundamental da parte de um membro da comunidade jurídica com relação ao outro, mas como uma concessão que somente se aceita impor após um exame atento da natureza das relações presentes e futuras com o Estado ao qual similar favor é concedido devido a fatores como confiança e amizade »<sup>67</sup>. E é esse « exame atento » que agora devemos analisar.

## **B – A decisão de recorrer a um modo jurisdicional de solução de controvérsias: escolha refletida**

Como vimos, os Estados têm a escolha do modo de solução de controvérsias. Diversos elementos, fatores, vão influenciar essa escolha. O Estado, confrontado a um litígio, devera pesar os pros e os contras de cada modo aberto a ele. Assim é interessante determinar em quais casos um Estado decidira, em função de seus interesses, de remeter a terceiros o exercício normal de suas competências soberanas de auto-interpretação do direito, e então de « se privar de sua preciosa liberdade »<sup>68</sup>, para ter seu comportamento ditado pelos juizes fora de seu controle. « Posto que a aceitação que um Estado acorda adiantadamente serve a limitar consideravelmente sua faculdade de adaptação às circunstâncias, quais razões pode ter esse governo de se premunir contra um furto quando este se encontra ao pé de um muro?

<sup>66</sup> CPJI, *Phosphates du Maroc (Exception préliminaires)*, acórdão de 14 de junho de 1938, Série A/B, n° 74, p. 18.

<sup>67</sup> LAUTERPACHT, (H) *op. cit.* nota 36, pp. 499-500.

<sup>68</sup> GUILLAUME, *op. cit.* nota 31, p. 3.

Breve: qual interesse tem o Estado em arquitetar uma armadilha, ele próprio, à sua vontade? »<sup>69</sup>

*a) A força relativa dos Estados*

Por sua essência, é difícil sistematizar a força relativa de um Estado, mas parece, sem dúvida, que tal fator é um elemento importante que opera, na ocasião da emergência de um litígio, na decisão de remeter ou não a um terceiro o cuidado dirimir seu litígio.

Geralmente, pode-se constatar que as maiores potências internacionais são mais reticentes a admitir uma solução obrigatória de solução de controvérsias que aquelas que não gozam de mesmo estatuto na comunidade internacional. Com efeito, os Estados fortes podem temer que tal recurso a uma jurisdição independente possa « transformar uma igualdade de direito em uma igualdade de fato »<sup>70</sup>, e assim perder a vantagem que lhes fornece a sua posição privilegiada. Inversamente, os Estados fracos serão muito mais inclinados a preferir a intervenção de uma terceira parte para dirimir em direito o litígio a fim de se assegurar que nenhuma outra consideração além da baseada no direito seria aplicada<sup>71</sup>. Todavia, a influência desse fator na escolha deve ser relativizado. Ele se baseia em grande parte no medo dos Estados fracos de se ver impor um outro modo de solução de controvérsias, a saber, o uso da força. Não se deve esquecer que durante longo tempo, até 1919, a guerra uma manifestação normal da soberania dos Estados. Com o desaparecimento desse temor, « o interesse dos fracos para solução por terceiros se amenizou consideravelmente »<sup>72</sup>. Assim não é mais raro que um Estado dito fraco desafie,

<sup>69</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 160.

<sup>70</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 160.

<sup>71</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 138. Por exemplo, a influência desse fator de força é visível se analisarmos as discussões preparatorias ocorridas quando da redação dos Estatutos da S.d.N. e da C.P.J.I. nas quais uma competência obrigatória para todos os litígios fora rejeitada pelas grandes Potências da época (França, Itália e Reino Unido). Ainda, uma mesma rejeição fora oporta pelos Estados Unidos e Uniao Soviética em uma demanda similar para a CIJ.

<sup>72</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 139.

de certa forma, um Estado muito mais poderoso que ele, recusando a solução jurisdicional, não se sentindo ameaçado, na ausência de uma potencial sanção<sup>73</sup>.

Porém, não se deve ignorar que o temor inspirado por um Estado não repousa unicamente em seu poderio militar, mas também em sua capacidade econômica. A força financeira e econômica é um meio de pressão muito utilizado nas relações internacionais contemporâneas, mesmo se ela é muito menos visível e se atua de forma insidiosa. Em definitivo, parece-nos que esse fator não deve ser negligenciado, mesmo que não seja capital, que se deve levar em consideração para qualquer decisão sobre a escolha entre um modo jurisdicional ou diplomático.

### *b) As matérias em artigo*

A decisão de um Estado de recorrer a uma solução jurisdicional ou política das controvérsias vai variar em função da natureza das questões litigiosas. Aqui, não vamos nos debruçar sobre a oposição entre as controvérsias políticas ou jurídicas. Em seu lugar, vamos operar uma distinção, tão clássica quanto a anterior, entre duas categorias de matérias podendo ser objeto de um litígio: aquelas relativas ao « domínio reservado » do Estado e aquelas ligadas à matérias técnicas, nas quais a soberania estaria em menor « perigo ». No que tange as primeiras, « as mais vitais, concernentes à segurança e à paz internacional »<sup>74</sup>, os Estados são muito mais reticentes em admitir um controle de uma terceira parte.

---

<sup>73</sup> Um caso que ilustra particularmente bem essa relativização que acabamos de avançar à força relativa dos Estados na escolha entre os modos jurisdicionais e políticos é o caso que opôs a França à Noruega perante CIJ, relativo aos empréstimos noruegueses de 1957. Nesse caso, a Noruega, defensor, considerado mais fraco que a França, não hesitou em argüir a incompetência da Corte para julgar o litígio em que afrontava uma grande potência mundial.

<sup>74</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 148. O Instituto de Direito Internacional definiu em uma de suas resoluções o domínio reservado como sendo « *celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international* » *Annuaire I.D.I.*, 1954, vol. 45-II, p. 292. Ainda o conceito tradicional de domínio reservado tem « *pour conséquence l'interdiction faite aux autres Etats d'intervenir dans les matières qui en relèvent* » DAILLIER et PELLET, *op. cit.* nota 13, p. 441.

Em revanche, é mais fácil para os Estados consentir à intervenção de um juiz para dirimir um litígio portando sobre uma matéria não vital ou técnica – que toca menos ao núcleo duro de sua soberania. Assim podemos constatar a existência de um numero relativamente importante de tratados comportando uma cláusula jurisdicional em tais matérias, sobretudo aqueles que tratam da promoção e proteção dos investimentos estrangeiros<sup>75</sup>, « pois as controvérsias podendo surgir da interpretação e da aplicação de tais acordos, mesmo quanto ao direito aplicável, podem ser mais confortavelmente dados avançadamente »<sup>76</sup>. Enfim, quanto mais primordial for a matéria aos olhos do Estado, menos este estará pronto a lhe remeter a um juiz, e assim, perder sua liberdade. « *De maximis non curat judex...* »<sup>77</sup>.

### *c) Direção esperada de uma decisão*

A lógica comanda aos Estados que eles se interroguem, antes de optar por um modo jurisdicional ou político, sobre a direção esperada da decisão que deveria normalmente ser tomada pelo órgão jurisdicional. Assim, é de se supor que um Estado avisado somente escolheria um modo jurisdicional no caso de que a perspectiva de obter uma decisão favorável seja superior a de obter uma decisão desfavorável. Um Estado não estaria, pois, pronto a correr o « risco judiciário »<sup>78</sup> se ele estima que esse risco é demasiadamente importante, mesmo se tal afirmação deve ser relativizada.

Pode-se, portanto, imaginar três hipóteses. Primeiramente, um Estado convencido de obter uma decisão positiva da jurisdição será

---

<sup>75</sup> Como os tratados de amizade, comércio e navegação, exemplificado pelo assinado entre os Estados Unidos e a Itália em 1948, cujo artigo XXVI determina que a jurisdição da Corte com relação a « *any dispute between the High Contracting Parties, which they shall not satisfactory adjust by diplomacy* », que fora a base da competência da CIJ no caso *Elettronica Sicula S. p. A (ELSI)*. Recueil des mémoires, plaidoiries et documents, 1987, vol. II, Contre mémoire, Italie, p. 26.

<sup>76</sup> GUILLAUME, *op. cit.* nota 31, p. 5.

<sup>77</sup> H. LAUTERPACHT, « The function of law in the international community », 1933, citado por Lacharrière, *op. cit.* nota 1. p. 150.

<sup>78</sup> BARDONNET, *op. cit.* nota 5, p. 740.

naturalmente inclinado a preferir apresentar o caso a esta à resolver o litígio pela via de negociações. De fato, qualquer negociação supõe da parte dos Estados que eles estejam prontos a fazer um mínimo de concessão, e não vemos motivos para que um Estado seguro de si escolha a proceder a tais concessões, a não ser que para evitar os eventuais inconvenientes de uma batalha jurisdicional (*i.e.* custos, duração excessiva do processo). Em segundo lugar, pode-se considerar a proposição imediatamente contrária, na qual um Estado crê que a jurisdição risca tomar uma decisão em seu desfavor, se oporia a tal solução. Essa constatação procede de uma lógica clara, mas mesmo nessa hipótese um Estado poderia preferir um modo jurisdicional. Com efeito, pode acontecer, em certos casos particulares, que um Estado considere que o recurso aos juizes ou aos árbitros seja oportuno mesmo quando esses terceiros risquem de decidir contra sua proposição<sup>79</sup>.

Aqui vamos encontrar então um novo fator, a influência da opinião pública, que vem moderar nossa afirmação precedente segundo a qual um Estado somente se interessaria pelo recurso jurisdicional na presença de uma provável decisão favorável. Na prática, um Estado democrático é um parte submetido a sua opinião pública e não dispõe de uma liberdade de ação total. Assim, em um caso em que um Estado, confrontado a um litígio, desejasse fazer concessões, no plano diplomático, que seriam mal vistas pela sua opinião pública interna (que refutaria um eventual acordo) poderia se ver inclinado a aceitar a interferência de um tribunal para contornar a situação. Para não correr o risco de se tornar impopular, o governo opera uma transferência de responsabilidades, confiando a um juiz a tarefa de se posicionar sobre a questão, fazendo com que o Estado possa argumentar que a execução do julgamento é uma obrigação internacional.

Finalmente o Estado pode ser indiferente ao resultado final provável da decisão, assim sua escolha por um método jurisdicional deve ser posicionada em um contexto mais global que faz com que se a escolha por tal modo « não é mais vantajoso em um caso preciso,

<sup>79</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 143.

ele é de uma maneira geral, estatística e em longo prazo »<sup>80</sup>. Ainda, se o Estado considera o direito em causa contestável, ele não sentirá atraído ao modo jurisdicional. Como uma jurisdição somente pode se basear no direito positivo em suas decisões, um Estado nessa situação consentiria a ir diante de uma jurisdição apenas se a decisão pudesse se pronunciar em equidade<sup>81</sup>. Ademais, como disse Dean Acheson, « o conteúdo incerto do direito internacional em um mundo de rápidas mudanças geralmente faz da solução jurisdicional um jogo de azar »<sup>82</sup>.

A avaliação feita pelos Estados da direção tomada em uma eventual decisão jurisdicional é um processo complexo, que continua em parte, incerto. Os Estados procedem então a uma avaliação dos diversos fatores a fim de determinar o modo mais adequado a cada situação, e, parafraseando o ex-presidente americano J.F. Kennedy « a essência da decisão final permanece impenetrável para o observador, e, geralmente, até mesmo ao próprio tomador da decisão. [...] Sempre haverá pontos obscuros no processo decisional, misterioso até mesmo para aqueles mais intimamente envolvidos »<sup>83</sup>. Assim, cabe constatar que os Estados são levados a combinar os diversos modos existente a sua disposição: as formas jurídicas e políticas são utilizadas paralelamente.

---

<sup>80</sup> LACHARRIERE, *op. cit.* nota 1, p. 144.

<sup>81</sup> « *Ainsi, le Guatemala a-t-il rejeté une offre du Royaume-Uni de soumettre l'affaire de Belize à la CIJ pour y être tranchée sur la base du droit et a proposé que cette haute juridiction se prononce non sur le fondement du droit international mais ex aequo et bono* ». CASTAÑEDA, (J). « The underdeveloped Countries and the development of International Law », *Int. Org.*, vol. 15, printemps 1961, pp. 41-42.

<sup>82</sup> D. Acheson, « The lawyer's Path to Peace », cité par LACHARRIERE, *op. cit.* nota 69, p. 142.

<sup>83</sup> Citado por ZELIKOW (P.) et ALLISON (G.), *Essence of decision*, New York, éd. Lingman, 1999, Epêgrafe.



## REFERÊNCIAS

### A – MANUAIS

DAILLIER, (P) e PELLET, (A). *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> édition, 2002.

COMBACAU, (J). e SUR, (S). *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 5<sup>e</sup> édition, 2001

### B – ARTIGOS E LIVROS

BARDONNET, (D). « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel » *Theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century* - Mél. Skubiszewski. 1996 pp. 737-754.

BASTID, (S). « Enquête sur les traités - Résultats d'une enquête sur les conditions de conclusion des traités et sur les clauses relatives au règlement des différends », *A.F.D.I.*, 1967, pp. 544-546.

BEDJAOU, (M). « Discours à la Session de Lisbonne de 1995 de l'Institut du droit international », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66, t. II, Paris, Pedone, 1996, pp. 71-79.

BERLAIEN. (A). « La distinction entre les différends politiques et les différends juridiques dans la pratiques des organisations internationales », *R.B.D.I.*, 1975, pp. 405-444.

BOUTROS-GHALI, (B). « Discours prononcé le 17 mars 1995 » *SG/SM/5583, L/2710*

CASTAÑEDA, (J). « The underdeveloped Countries and the development of International Law », *Int. Org.*, vol. 15, printemps 1961,

DEYFUS, (S). « Les déclarations souscrites par la France aux termes de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 258-275.

GUILLAUME, (G). « Politique des Etats à l'égard du règlement pacifique par tierce partie » in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIeme siècle - Le regard d'un juge*. Paris, Pedone, 2003, pp. 3-22

\_\_\_\_\_, « La France et la CIJ », in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIeme siècle - Le regard d'un juge*. Paris, Pedone, 2003, pp.

HENKIN, (L). *Law and foreign policy*. Columbia University Press, New York, 1979, 400 p.

HIGGINS (R). « Problems and process - international law and how we use it », Clarenton press, Oxford, 1994, 361 p.

LACHARRIERE (G)., « La politique juridique extérieure », collec. IFRI, 1983, éd. Economica.236 279 p.

\_\_\_\_\_, « Commentaires sur la position juridique de la France à l'égard de la licéité de ses essais nucléaires » A.F.D.I. 1973 pp. 235-251

LAUTERPACHT, (H) « La théorie des différends non justiciables en droit international », R.C.A.D.I., 1930-IV, t. 34, p. 499-653.

LAUTERPACHT, (H). *Opinion individuelle dans affaire relative à certains emprunts norvégiens*, arrêt du 6 juillet 1957, Rec. CIJ 1957.

LEVY, (D). « Affaire relative à certains emprunts norvégiens », A.F.D.I., 1957, pp. 152-163.

MERILLS (J. G). « The optional clause today » B.Y.B.I.L. 1979, pp. 87-116.

ONU - OFFICE OF LEGAL AFFAIRES (CODIFICATION DIVISION). *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. OLA/COD/2394. United Nations, New York, 1992. 229 p.

RUIZ FABRI, (H). et SOREL, (J.-M). « Organisation judiciaire internationale », *Juris-classeur du Droit International*, Fascicule 216, 2001.

SAHOVIC, (M). « Les accords entre la Yougoslavie et la Roumanie relatifs au système de production d'électricité et de navigation sur le Danube », *A.F.D.I.*, 1969, pp. 774- 783

VIRALLY, (M). « Le droit international en question » *in Le droit international en devenir*, Paris, PUF, 1990, p. 14

\_\_\_\_\_, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international » *R.G.D.I.P.* 1983 pp. 281-314.

WEIL, (P). « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle » *Theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century* - *Mél. Skubiszewski*. 1996 pp. 833-848.

\_\_\_\_\_, « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, 1992-VI, t. 237, pp. 13- 369.

ZELIKOW (P.) et ALLISON (G.), *Essence of decision*, New York, éd. Lingman, 1999

## **C – JURISPRUDÊNCIA**

### **i) ARBITRAL**

1. *Fonderie Trail*, R.S.A., vol. III.

2. *Questions frontalières entre les Républiques de la Bolivie et du Pérou*, R.S.A., vol. XI.

### **ii) C.P.J.I.**

*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 - exceptions préliminaires, Série A n°2.

*Droits des minorités en Haute Silésie*, arrêt du 26 avril 1928, Série

A, n° 15.

*Usine de Chorzow*, arrêtu du 13 septembre 1928, Série A, n° 17.

*Phosphates du Maroc*, arrêtu du 14 juin 1938, Série A/B, n° 74 .

*Compagnie électrique de Bulgarie et Sofia*, arrêtu du 1939, Série A/B, n° 77.

### iii) C.I.J.

1. *Détroit de Corfou*, arrêtu du 25 mars 1948, Rec. CIJ 1948.

2. *Haya de la Torre*, arrêtu du 13 juin 1951, Rec. CIJ 1951.

3. *Anglo-Iranian Oil Co*, arrêtu du 22 juillet 1952, Rec. CIJ 1952.

4. *Ambatielos*, arrêtu du 19 mai 1953, Rec. CIJ 1953.

5. *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêtu du 15 juin 1954, Rec. CIJ 1954.

6. *Certains emprunts norvégiens*, arrêtu du 6 juillet 1957, Rec. C.I.J. 1957.

7. *Droit de Passage sur le territoire indien (Exception préliminaires)*, ordonnance du 26 novembre 1957, Rec. CIJ 1957.

8. *Essais Nucléaires (Mesures conservatoires)*, ordonnance du 22 juin 1973, Rec. CIJ 1973.

9. *Personnel diplomatique et consulaire des États-unis à Téhéran*, arrêtu du 10 mai 1980, Rec. CIJ 1980.

10. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité)*, arrêtu du 26 novembre 1984, Rec. CIJ 1984.

11. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Fond)*, arrêtu du 27 juin 1986, Rec. CIJ 1986.

12. *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'ONU*, avis consultatif du 26 avril 1988, Rec. CIJ 1988
13. *Elettronica Sicula S.p.A.*, arrêt 20 juillet 1989, Rec. CIJ 1989
15. *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Rec. CIJ 1989
16. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Mesures conservatoires)*, ordonnance du 8 avril 1993, Rec. CIJ 1993.
17. *Timor oriental*, arrêt du 30 juin 1995, arrêt du 30 juin 1995, Rec. CIJ 1995.

## D – OUTROS DOCUMENTOS

1. *Contre-mémoire italien* dans l'affaire *Elettronica Sicula S. p. A (ELSI)*. Recueil des mémoires, plaidoiries et documents, 1987, vol. II.
2. Cour internationale de Justice, Annuaire 2001-2002, n° 56, La Haye, 2002, 390 p.
3. Département d'Etat du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, *Lettre au Secrétaire-général des Nations Unies, du 6 avril 1984, concernant la non applicabilité de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice à l'égard des disputes contre des Etats d'Amérique centrale*, I.L.M. 1984, vol. XXIII, n° 3, p. 670.
4. Rapport provisoire de l'I.D.I., session d'Amsterdam, *Annuaire I.D.I.*, 1957, t. I
5. Réponse du ministère des affaires étrangères à Q.E. J.P. COT, n° 7.950, J.O. A.N. 9 mars 1974, p. 1948
6. Réponse du ministère des affaires étrangères à Q.E. J.P. COT, n° 15.949, J.O. A.N. 1<sup>er</sup> février 1975, p. 381.