

QUANDO UM NÃO SABE, DOIS NÃO LITIGAM? O CASO DAS ILHAS MARSHALL CONTRA OS ESTADOS DETENTORES DE ARMAS NUCLEARES

IF ONE IS NOT AWARE, TWO CANNOT FIGHT? THE CASE OF MARSHALL ISLANDS VERSUS THE NUCLEAR WEAPON STATES

RAFAEL ZELESCO BARRETTO*

RESUMO

O trabalho estuda o caso “Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear”, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2016. Muito embora não tenha prosseguido para a fase de decisão de mérito, ele é significativo por estabelecer uma nova exigência para a admissão de um caso para julgamento. O presente artigo critica o acórdão a partir de sua coerência interna, do direito positivo aplicável à determinação da jurisdição da CIJ e dos precedentes relevantes. Conclui-se que a Corte afastou-se de sua jurisprudência sobre a identificação de uma disputa ao proferir uma decisão que não prestigia o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Internacional de Justiça. Jurisdição.

ABSTRACT

This essay examines the case on Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Race and to Nuclear Disarmament, decided by the International Court of Justice in 2016. Although it has not been allowed to proceed to the merits stage, I argue that this case is significant for setting up a new threshold for admittance of a case in Court. This essay criticizes the judgment taking into account its internal coherence, the positive law applicable to determination of ICJ's jurisdiction, and relevant precedents. It concludes that the Court stepped away from its jurisprudence whilst delivering a decision that runs against access to justice.

KEYWORDS: International Court of Justice. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata de um dos mais recentes casos decididos pela Corte Internacional de Justiça (CIJ): o caso *Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear*. Pretende-se expor brevemente

* Professor do Programa de Pós Graduação em Estudos Marítimos da Escola de Guerra Naval. Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: rafaelzb2010@gmail.com

os fatos que o suscitaram, bem como os principais argumentos ali esgrimidos. O acórdão da CIJ será avaliado tanto em relação a sua consistência interna, quanto no tocante ao direito positivo nele utilizado (basicamente o Estatuto da própria Corte) e em comparação com os precedentes citados.

Entende-se que a declaração de incompetência por parte da Corte estabeleceu um parâmetro exagerado e injusto para o acesso dos Estados a este tribunal. O principal critério que respaldou a decisão foi o alegado desconhecimento prévio, por parte dos réus, de que existia uma disputa entre estes e a parte autora. Segundo o acórdão, a Corte somente pode ser utilizada quando ambos os lados estão conscientes de que há uma controvérsia entre eles. Espera-se mostrar que tal conclusão não encontra respaldo na prática anterior da Corte, tampouco nas disposições do Estatuto.

O caso das Ilhas Marshall, que pode constituir marco de uma tendência da CIJ em evitar julgamentos sobre temas polêmicos, será analisado através da crítica textual, com especial atenção à coerência interna do acórdão, isto é, à existência ou não de contradições no teor do próprio texto e à eficácia dos argumentos esgrimidos pelos magistrados que compuseram a maioria. Neste sentido, a primeira seção resume os fatos da disputa, levando em conta o dramático histórico das Ilhas Marshall envolvendo testes de armas nucleares. Em seguida, enfoca-se a decisão da CIJ e sua linha de raciocínio. As seções seguintes trazem diferentes críticas ao acórdão. A seção 3 estuda as resoluções da Assembleia Geral da ONU ali mencionadas, a seção 4 evidencia as inconsistências internas da sentença, a seção 5 a examina a partir do Estatuto da CIJ e a seção 6, a partir da jurisprudência citada pelos juízes vencedores. A última parte, enfim, explica algumas consequências, atuais ou possíveis, do julgamento.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

Em 24 de abril de 2014, a República das Ilhas Marshall apresentou nove petições à Corte Internacional de Justiça, endereçadas aos Estados Unidos da América, Federação Russa, Reino Unido, França, China, Índia, Paquistão, Israel e Coreia do Norte. Em comum, estes países têm o fato de serem detentores, reais ou

suspeitos, de armas nucleares de destruição em massa. Contra eles, a pequenina nação arquipélaga alegava a existência de uma obrigação internacional de negociar de boa-fé rumo ao desarmamento nuclear. E pretendia ver tal dever constatado pelos magistrados de Haia¹ e devidamente imposto às potências armadas.

O embate se afigurava tormentoso. E a situação do autor não ficou mais fácil quando seis dos nove réus sequer responderam à comunicação feita pelo secretariado da Corte, mostrando assim que não aceitariam sua jurisdição para o caso. Com efeito, a base invocada para sustentar a competência do tribunal fora o art. 36 (2) do Estatuto da CIJ, o qual estabelece a possibilidade de aceitação da jurisdição da Corte por declaração unilateral dos Estados membros. Além das próprias Ilhas Marshall, apenas o Reino Unido, a Índia e o Paquistão possuíam declarações vigentes à data do início dos procedimentos. Os demais foram notificados para aceitar a jurisdição de Haia voluntariamente e de forma *ad hoc*, e não se dispuseram a fazê-lo. Desta forma, o caso desdobrou-se em três ações judiciais, contra Londres, Nova Délhi e Islamabad^{2 3}.

No mérito da questão, o argumento principal esgrimido pelo autor variou, de acordo com as diferentes obrigações que os países réus haviam assumido no plano internacional. Assim, na ação contra o Reino Unido, alegou-se uma violação ao artigo VI

1 É sabido que a cidade de Haia, nos Países Baixos, é sede de diversos tribunais, entre os quais o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia. Neste trabalho, contudo, como se trata exclusivamente de comentar um caso decidido pela Corte Internacional de Justiça, as menções a Haia devem ser entendidas como referindo-se à CIJ.

2 (1) ICJ. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 833. (2) ICJ. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 255. (3) ICJ. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552.

3 Casos da jurisprudência internacional serão referenciados pelo modo oficial de citação na primeira vez em que abordados, e por uma designação simplificada nas demais ocorrências.

do Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP)⁴, que obriga os membros, detentores ou não de tais objetos, a negociarem o desarmamento nuclear. Contra a Índia e o Paquistão, que não integram o TNP⁵, a parte autora alegou que o mencionado dispositivo contratual haveria passado ao direito consuetudinário, vinculando também as potências externas à convenção⁶.

A ação das Ilhas Marshall pode ser vista como uma reação tardia à posição peculiar que este país ocupou após a Segunda Guerra Mundial: como um protetorado das Nações Unidas sob administração americana, e sede de diversas bases militares dos EUA na esteira do confronto anterior com o Japão, o arquipélago teve diversos de seus atóis inabitados utilizados para mais de sessenta testes nucleares. Embora a população civil potencialmente atingida costumasse ser evacuada com antecedência, os testes frequentemente ultrapassavam as expectativas e a radiação se espalhava além da área restrita. O território das Ilhas, já bastante exíguo por natureza, foi prejudicado, pois até hoje existem locais impróprios para ingresso humano.

Este interesse de certa forma específico dos marshallenses em ver a proscrição das bombas nucleares⁷ acabou, porém, frustrado

4 “Artigo VI. Cada Parte deste Tratado compromete-se a entabular, de boa-fé, negociações sobre medidas efetivas para a cessação em data próxima da corrida armamentista nuclear e para o desarmamento nuclear, e sobre um Tratado de desarmamento geral e completo, sob estrito e eficaz controle internacional.”

5 Os dois vizinhos sul-asiáticos adquiriram suas armas nucleares após 1967, sendo considerados então como Estados não nucleares para fins do TNP, segundo seu artigo IX.3. Uma interpretação do instrumento leciona que ambos só poderão aceder ao Tratado se abrirem mão de suas bombas nucleares, como fez em seu tempo a África do Sul. Outra hipótese – tão improvável quanto – seria que os Estados nucleares, por unanimidade, aprovassem uma modificação do TNP, incluindo Índia e Paquistão como detentores de armas nucleares. Cf. CARTER, TRIMBLE, BRADLEY, 2003, p. 1133.

6 Interessante notar que o Tratado de Não Proliferação Nuclear, assinado em 1968, foi muito criticado entre os países não detentores de armas nucleares, por aparentemente dificultar seu acesso à energia nuclear para fins pacíficos. Cf. MELLO, 2004, p. 1486.

7 “*The Court notes that the Marshall Islands, by virtue of the suffering which its people endured as a result of it being used as a site for extensive nuclear testing programs, has special reasons for concern about nuclear disarmament.*” ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*, §44.

pela Corte Internacional de Justiça. Em decisão de 5 de outubro de 2016, os magistrados de Haia se recusaram a julgar o caso, aceitando a primeira das exceções preliminares a sua competência que foram invocadas de forma semelhante pelos três corréus. O argumento decisivo é bastante sintético: para a opinião vencedora no julgamento, entre as Ilhas Marshall e as potências nucleares não havia uma controvérsia jurídica. Como o art. 38 do Estatuto da Corte diz que sua “função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas”, tem-se que a existência de uma controvérsia é o primeiro ponto a ser estabelecido em qualquer caso submetido à Corte mundial. Os juízes responsáveis pelo acórdão não enxergaram, na mera pretensão do país oceânico de ver negociações efetivas tendentes ao desarmamento, uma controvérsia objetiva contra os Estados nucleares. Tampouco consideraram que o início dos procedimentos na CIJ sanaria tal vício, demonstrando o início de uma controvérsia, pois entenderam que esta deve ser pré-existente ao processo⁸. Portanto, o caso foi rejeitado sem decisão quanto ao mérito. Trata-se da primeira vez em que a CIJ se recusou a iniciar o julgamento de um litígio alegando não enxergar uma disputa⁹.

Mas a decisão não foi fácil. Para estes casos, a Corte estava composta por 16 juízes, pois a parte autora nomeou um julgador *ad hoc*, enquanto que Reino Unido e Índia já contavam com magistrados de suas nacionalidades na composição permanente do tribunal e o Paquistão abdicou de seu direito de indicar um juiz para o caso¹⁰. As decisões relativas aos países asiáticos foram tomadas contra o voto dissidente de 7 dos membros da Corte. Já o Reino Unido contou com margem ainda mais estreita: escapou de ter o mérito da sentença discutida por um raro placar de 8 a 8, tendo o Presidente da Corte votado duas vezes para decidir a questão¹¹.

8 POMSON, 2017, p. 376.

9 BECKER, 2017, p. 10. TAMS, 2016.

10 Aparentemente houve certo desconforto no governo paquistanês em ver-se na CIJ defendendo a mesma posição da Índia, seu tradicional rival. BECKER, 2017, p. 6.

11 Estatuto da CIJ, art. 55: “2. No caso de empate na votação, o Presidente ou o

Note-se que, nos 70 anos de vida da CIJ, esta foi apenas a quarta vez que seu líder precisou desempatar um julgamento, e a segunda na atual presidência¹². O registro do caso no sítio eletrônico do tribunal¹³ mostra outra peculiaridade: nada menos do que 14 magistrados registraram declarações individuais, votos em separado ou dissidentes – o que indica a profundidade do dissenso entre os julgadores¹⁴.

E a divisão no seio da CIJ ainda revela um possível componente político¹⁵: os magistrados que compuseram o lado vencedor provêm de países detentores de armas nucleares (EUA, Rússia, China, França, Reino Unido e Índia) ou que se beneficiaram grandemente da proteção conferida por algumas potências nucleares

juiz que funcionar em seu lugar decidirá com o seu voto.” Note-se que há uma discrepância entre as versões inglesa e francesa do Estatuto. Enquanto a inglesa diz “2. *In the event of an equality of votes, the President or the judge who acts in his place shall have a casting vote*”, a francesa reza: “*En cas de partage des voix, la voix du Président ou de celui qui le remplace est prépondérante.*” A diferença está em que, na versão inglesa, o presidente pode votar duas vezes (inclusive em sentidos diferentes, caso não queira alterar a proporção dos votos), enquanto que na francesa, o voto singular dele já define a posição da Corte. A prática da CIJ consagrou a primeira opção. Cf. ROSENNE, 1996, p. 410.

12 Os outros casos em que o Presidente votou duas vezes foram o caso do *Sudoeste Africano* (South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, p. 319), a *Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares* (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226) e *Delimitação da Plataforma Continental além das 200 milhas marítimas* (Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 100). Também vale mencionar o célebre caso *Lotus* (Lotus. Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A – 10. September 7th, 1927), decidido pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

13 Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases> >. Acesso em 10.ago.2018.

14 Vale mencionar que na *Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, em 1996, todos os membros da Corte efetuaram declarações individuais, o que um autor qualificou como “uma grave fratura no direito” (tradução livre). Cf. ROSENNE, 2004, p. 135.

15 KRISCH, 2016.

(Itália e Japão). Já três quartos dos dissidentes são nacionais de Estados do chamado Sul Global (Brasil, Jamaica, Uganda, Marrocos, Somália e Argélia)¹⁶.

É necessário explicar que não se pretende aqui exagerar na politização dos votos dos magistrados¹⁷. Não se pensa que o juiz internacional votará de acordo com a política externa de seu Estado de origem, e a análise que será feita nestas páginas não coloca sob suspeita a imparcialidade ou o caráter técnico das manifestações dos integrantes da Corte. Mas é impossível deixar de notar o paralelismo entre a repartição dos posicionamentos individuais e a situação das respectivas pátrias no xadrez nuclear global. O pesadíssimo aspecto político do caso bem pode haver influenciado as considerações jurídicas¹⁸.

Para concluir esta contextualização do caso, vale notar que um dos réus é o último dos 5 membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas que mantém uma declaração de aceitação da jurisdição da CIJ. Nas décadas passadas, EUA e França se submeteram ao trabalho da Corte, porém ambos retiraram suas declarações após serem contrariados por decisões de Haia¹⁹. Dentre as primeiras reações da doutrina internacional à decisão de outubro de 2016, algumas apontaram o temor em perder a aceitação do Reino Unido como fator importante para o teor da sentença²⁰.

16 A diferença no resultado da votação se deu devido ao entendimento do juiz Yusuf, que distinguiu o caso contra o Reino Unido dos outros dois, votando pela afirmação da competência apenas naquele.

17 Comentando os casos das Ilhas Marshall, Michael Becker desconsidera as observações que enfatizam uma suposta subordinação dos magistrados vencedores aos interesses políticos de suas pátrias, argumentando que seus posicionamentos foram os mesmos em casos anteriores, e que juízes da atual minoria, por sua vez, haviam adotado ótica diversa em decisões precedentes. BECKER, 2017, p. 20-24. Sobre a consistência da jurisprudência da CIJ a respeito do que constitui uma disputa, ver *infra*, tópico 6.

18 Neste sentido, vale recordar que a polêmica entre Estados não nucleares e os detentores de tais armas de destruição em massa é antiga, remontando pelo menos à primeira conferência de exame do TNP em 1975. QUOC DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 1048.

19 DAVIS, 2016, p. 104-107.

20 KRISCH, 2016. DAVIS, 2016, p. 109.

2 A DECISÃO DA CORTE

A razão de decidir do acórdão foi a seguinte: de acordo com o art. 38 de seu Estatuto, é função da Corte decidir, de acordo com o direito internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas pelas partes. Logo, havendo submissão, por um Estado, de requerimento acerca da conduta de outro, é necessário primeiramente averiguar se é o caso de uma controvérsia. Sobre isso, parece haver unanimidade entre os magistrados no sentido de que é a própria CIJ, e não as partes, quem decide pela existência ou não de uma controvérsia. Ademais, todos concordaram em que tal determinação não é uma questão formal, e sim substantiva. Tampouco houve objeção à assertiva de que a verificação da existência de uma controvérsia entre as partes em questão deve tomar como base o momento da instituição dos procedimentos perante a Corte, e não fatos subsequentes. A “pedra do escândalo” foi o modo como o lado vencedor descreveu o raciocínio que deveria guiar o tribunal nesta determinação: segundo eles, é preciso confirmar que, no momento do recebimento da petição inicial, a parte ré estava consciente, ou não poderia estar inconsciente (a redundância está no texto da sentença), de que seu posicionamento em relação a alguma questão internacional sofria oposição da outra parte²¹.

Aplicando este critério (que, como se verá, foi justamente criticado nos votos dissidentes), a Corte passou a examinar os documentos oferecidos pelas Ilhas Marshall, buscando encontrar provas de que Reino Unido, Índia e Paquistão estivessem conscientes de que o país do Pacífico se opunha a suas políticas nucleares, particularmente a sua inércia quanto a negociações conducentes ao desarmamento. O resultado foi negativo. Segundo a opinião predominante, as declarações de representantes marshallenses em foros internacionais, exortando as potências nucleares a se desarmar de acordo com o art. VI do TNP e com o direito consuetudinário, não poderiam ser tomadas como indicativo de que houvesse uma disputa com os três réus. As Ilhas deveriam ter individualizado, de alguma forma, suas reclamações quanto ao alegado descumprimento

21 ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*, §41.

do direito internacional por parte dos Estados nucleares. Teria sido necessário que o Reino Unido, a Índia e o Paquistão soubessem da oposição das Ilhas Marshall a suas políticas nucleares, para que estes, querendo, pudessem reagir à mesma²².

Em relação ao Reino Unido, a Corte tampouco aceitou como prova do cumprimento deste critério de “*awareness*” a diferença no padrão de votação em resoluções da Assembleia Geral da ONU que tratavam do tema. As Ilhas Marshall alegaram que seu posicionamento neste âmbito era oposto ao de Londres, votando a favor de resoluções que eram rejeitadas pela representação britânica. Neste âmbito, mencionaram-se²³ as resoluções 68/32²⁴ e 69/58²⁵, que exortavam os detentores de armas nucleares a iniciar negociações com vistas ao desarmamento. Mas a argumentação não foi aceita pela Corte, ao fundamento de que as resoluções tomadas no seio de órgãos internacionais políticos, pois tais documentos frequentemente aludem a vários temas. Desta forma, a oposição de um Estado a uma resolução não pode ser compreendida como oposição política ao texto integral, sendo possível que apenas uma, dentre as várias cláusulas, impossibilitou sua adesão ao texto final. Assim, a Corte não considerou este histórico de votação como um argumento suficiente para sustentar a concepção de que havia uma disputa entre as Ilhas Marshall e o Reino Unido²⁶.

22 ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom, §43.

23 ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom, Application instituting proceedings against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. §§ 91 e 92. Também: ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom, § 55.

24 O resultado da votação pode ser visto em: < https://gafc-vote.un.org/UNODA/vote.nsf/511260f3bf6ae9c005256705006e0a5b/dee98ea8be1ca84385257c4a0062c71f?OpenDocument&ExpandSection=3#_Section3 >. Acesso em: 10.ago.2018.

25 Disponível em: < https://gafc-vote.un.org/UNODA/vote.nsf/59d47ed5551f4f4605256705006e0a5f/c0f5e4a39d40f40685257dd2006b9c34?OpenDocument&ExpandSection=3#_Section3 >. Acesso em: 10.ago.2018.

26 Note-se que este argumento em especial só foi empregado contra o Reino Unido, dado que Índia e Paquistão votaram junto com as Ilhas Marshall nas resoluções apresentadas. Este fato foi um dos que levaram o juiz Yusuf a entender que havia uma disputa entre as Ilhas e a potência europeia, mas nenhuma com os Estados asiáticos. ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom. Dissenting Opinion of Vice-

A última tentativa da parte autora para convencer os julgadores de que haveria uma real oposição de pontos de vista entre esta e os réus consistiu em alegar que o próprio caso *sub judice*, com a resistência das partes réas aos pedidos expostos nos autos, demonstraria tanto a existência de uma oposição nas condutas e interpretações das obrigações recíprocas, quanto a ciência, pelas contestantes, de que seu curso de ação era atacado pela peticionária. A CIJ, porém, não se comoveu, lembrando que sua jurisprudência constante define o ingresso em juízo como o momento adequado para avaliar se há ou não uma disputa. Fatos posteriores podem confirmar a existência prévia de uma controvérsia, porém não podem instituí-la por si.

O critério da “*awareness*”, como exposto na decisão, foi acerbamente criticado pelos votos em contrário²⁷. Nestas páginas, buscar-se-á ir além das críticas já apresentadas em sede de julgamento, optando-se por uma análise pormenorizada do acórdão e das principais declarações individuais externadas no mesmo sentido, de modo a auferir sua consistência sob o direito internacional.

3 EXAME DAS RESOLUÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL CITADAS

Procedendo assim, nota-se que o critério da “consciência”, pela outra parte, de que havia uma oposição entre pontos de vista ou condutas distintas, ainda que tomado como inquestionável em si, pode ter sua aplicação ao caso discutida, eis que o *iter* argumentativo da maioria deixou de lado certas comprovações de que os réus, ou ao menos o Reino Unido, estavam ou deveriam estar cientes da crítica das Ilhas Marshall a suas políticas nucleares. O dado mais sensível que, parece, não foi adequadamente tomado em consideração pelo acórdão refere-se às votações de resoluções (já mencionadas) no seio da Assembleia Geral das Nações Unidas. Ao contrário do que afirmaram os julgadores vencedores, é bastante difícil confundir a

President Yusuf.

27 Por ex., os votos dos juízes Tomka, Cañado Trindade e Crawford.

oposição britânica a tais resoluções com oposição a qualquer outro tema que não a obrigação de iniciar de pronto negociações multilaterais para lograr o desarmamento nuclear. Tomando-se como exemplo a mais recente destas resoluções (69/58)²⁸, nota-se que ela é sintética e monotemática: todas as 13 cláusulas preambulares mencionam o tema do desarmamento, sendo que a única vez que a palavra “obrigação” ali aparece é para lembrar os Estados partes de suas obrigações a respeito do art. VI do TNP – exatamente o dispositivo invocado pelas Ilhas Marshall como base para suas alegações de mérito contra o Reino Unido. Já dentre as 13 cláusulas operativas, aquelas dirigidas aos Estados membros dividem-se em três assuntos: reafirmam a importância do desarmamento nuclear; pedem o estabelecimento de uma conferência multilateral sobre o tema sob a égide da ONU; e instituem o Dia Internacional para a Eliminação de Todas as Armas Nucleares. Parece evidente que a oposição de algumas potências nucleares e seus aliados a esta resolução não se dirige ao terceiro item, e sim aos dois primeiros, que estão interconectados, e que correspondem *grosso modo* ao pedido das Ilhas Marshall. Portanto, o registro desta votação, junto com o da resolução antecessora (68/52), demonstram uma oposição na conduta das partes. E uma oposição que satisfaz a jurisprudência da CIJ, pois é objetivamente determinada e oriunda de manifestações oficiais, não havendo necessidade de que uma parte seja diretamente notificada pela outra.

É criticável o desprezo com que a maioria, no presente caso *Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear*, tratou as resoluções da Assembleia Geral, órgão integrante do mesmo sistema ONU que a própria Corte Internacional de Justiça. Se é verdade que o labor da Assembleia não gera textos vinculantes para a comunidade internacional²⁹, não se pode deduzir, porém, que as

28 Disponível em: < [https://gafc-vote.un.org/UNODA/vote.nsf/59d47ed5551f4f4605256705006e0a5f/c0f5e4a39d40f40685257dd2006b9c34/\\$FILE/A%20RES%2069%2058.pdf](https://gafc-vote.un.org/UNODA/vote.nsf/59d47ed5551f4f4605256705006e0a5f/c0f5e4a39d40f40685257dd2006b9c34/$FILE/A%20RES%2069%2058.pdf)>. Acesso em: 10.ago.2018.

29 Carta das Nações Unidas, art. 11. “1. A Assembleia Geral poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais,

manifestações das representações nacionais quanto aos documentos oficiais ali elaborados são de todo imprestáveis. Ao contrário do que faz crer o acórdão examinado, o posicionamento no seio da Assembleia é ato unilateral do Estado, que o vincula sempre que gere expectativas razoáveis nos demais integrantes do órgão. Se o registro de votações na Assembleia Geral serve para demonstrar a existência de *opinio juris* na formação de um costume internacional³⁰, não se entende como não pode ser tomado como prova de um fato bem menos complexo, como é a perspectiva individual de um Estado sobre certo assunto. Especialmente quando se trata de uma controvérsia multilateral, envolvendo interesses coletivos, como os alegados pelas Ilhas Marshall³¹.

4 A INCONSISTÊNCIA INTERNA DA SENTENÇA

Mas na verdade, a própria assunção do critério da “*awareness*” como determinante para identificar uma controvérsia internacional é questionável, tanto do ponto de vista interno ao acórdão, quanto pela quanto em comparação com a jurisprudência da CIJ até o momento, quanto ainda em vista do bom exercício da função jurisdicional.

Em primeiro lugar, o parágrafo 41 da sentença, que contém a razão chave de decidir, opera uma brusca mudança de perspectiva no texto. Enquanto que os parágrafos anteriores enfatizam o caráter objetivo da determinação pela CIJ da existência ou não de uma controvérsia em caso a ela submetido, o apartado central traz a seguinte redação:

A evidência deve demonstrar que as partes ‘mantêm pontos de vista claramente opostos’ a respeito da questão trazida à Corte (ver

inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos Membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente.”

30 ÖBERG, 2006, p. 897-898. Também: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. §§ 188-203.

31 BONAFÉ, 2017, p. 26.

parágrafo 37, acima). Como se vê de decisões prévias da Corte onde se considerou a existência ou não de uma controvérsia, esta existe quando se demonstra, com base em evidências, que o réu estava ciente, ou não poderia ter deixado de estar ciente, de que seu ponto de vista era claramente rejeitado pelo autor.³²

O próprio parágrafo 37 mencionado deixa a inovação às claras: ali se lê que uma controvérsia é “uma discordância sobre ponto de fato ou de direito, um conflito de opiniões legais ou interesses”³³, uma situação em que “a alegação de uma parte sofre clara oposição de outra”³⁴ ou em que os dois lados mantêm “pontos de vista claramente opostos quanto ao cumprimento ou descumprimento de certas obrigações internacionais”³⁵. Como se vê, trata-se de uma verificação objetiva, que pode ser realizada tomando por base apenas manifestações exteriores dos Estados envolvidos, sem necessidade de demonstrar uma correspondência entre alegação de um lado e resposta do outro. O que vale é o posicionamento divergente perante uma mesma questão.

Já a CIJ introduz um critério adicional, exigindo que a disputa seja especificada, isto é, que a alegação que se deseja confirmar junto à Corte tenha sido de algum modo levada ao conhecimento do Estado opositor, sofrendo sua rejeição. Somente aí a maioria da Corte irá identificar a existência de uma controvérsia, sobre a qual poderá pronunciar-se. Ingressou-se no domínio da subjetividade, pois será necessário analisar se seria razoável supor que o réu tivesse,

32 Tradução livre do original em inglês: “41. *The evidence must show that the parties ‘hold clearly opposite views’ with respect to the issue brought before the Court (see paragraph 37 above). As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were ‘positively opposed’ by the applicant.*”

33 Tradução livre do original em inglês: “*a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests*”.

34 Tradução livre do original em inglês: “*the claim of one party is positively opposed by the other*”.

35 Tradução livre do original em inglês: “*The two sides [...] ‘hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain international obligations’*”.

antes da propositura da ação, conhecimento de que determinada prática sua estivesse contrariando as opiniões ou interesses de outro Estado³⁶. Este critério subjetivo é inteiramente novo, e foi recebido com estranhamento – e certa ironia³⁷ – pela doutrina internacional.

5 EXAME DO ESTATUTO DA CORTE

A compatibilidade deste novo critério de jurisdição da CIJ com a redação do art. 38 §1º de seu Estatuto é algo mais do que duvidosa. A respeito, o voto parcialmente dissidente do juiz Tomka lembra que o art. 38 não é o lugar ideal para procurar as condições da jurisdição da CIJ³⁸. Tal dispositivo trata das fontes que os juízes podem empregar na solução dos litígios – tanto que passou aos manuais de Direito Internacional como uma relação, embora atualmente incompleta, das fontes do Direito Internacional como um todo³⁹. Quando o início do art. 38 menciona as “controvérsias”, é apenas para enfatizar o objetivo do emprego das fontes ali relacionadas. Convenções, costume, princípios, jurisprudência e doutrina não podem ser utilizados para legislar, para fazer o Direito Internacional progredir ou para reformar a estrutura da própria Corte. Seu papel é apenas guiar o juiz internacional à solução de uma controvérsia que lhe foi submetida pelos envolvidos. Na frase inaugural do art. 38, o peso não está em “controvérsias”, e sim em “de acordo com o direito internacional”⁴⁰.

36 Segundo o voto dissidente da juíza Sebutinde, a Corte quer tornar necessário mergulhar na mente do Estado réu para determinar seu grau de consciência de que havia uma disputa. ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*. Separate Opinion of Judge Sebutinde, §31.

37 “I would only note in passing that it is a bit odd, and not terribly persuasive, that after holding that a dispute must be ascertained objectively as a matter of substance and not of form, one should rely on the entirely subjective psychological criterion of awareness.” BIANCHI, 2017, p. 83. “By stressing that more specific exchanges were required, the irony of these judgments is that they suggest that the Marshall Islands should have engaged in more thorough negotiations with potential respondents that were indeed being accused of having failed to pursue good faith negotiations.” PALESTINI, 2017, p. 19.

38 ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*. Separate Opinion of Judge Tomka, §16.

39 PELLET, 2008.

40 Este desenvolvimento não é do juiz Tomka.

Em interpretação de autorizado comentarista do Estatuto, o enunciado do art. 38 §1º, na verdade, serviria como um suave lembrete acerca da jurisdição voluntária da Corte, que poderá empregar o instrumental previsto nas alíneas subsequentes apenas em controvérsias “que lhe forem submetidas” pelos Estados partes em seu Estatuto⁴¹. Neste sentido, uma breve consulta aos trabalhos preparatórios na Conferência de São Francisco revela que o art. 38 do Estatuto da CIJ foi redigido a partir do dispositivo de mesmo número do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Ali, a norma se limitava a enunciar as fontes utilizáveis pela Corte. O acréscimo da expressão “cuja função é decidir de acordo com o direito internacional *as controvérsias que lhe forem submetidas*” em 1945 foi consequência de uma proposta da delegação do Chile, que a justificou como forma de explicitar a função da Corte como um órgão de Direito Internacional⁴².

E a doutrina parece unânime ao ignorar que o art. 38 trazia embutido um requisito para a jurisdição da Corte⁴³. A extensão e os limites do poder de dizer o direito, ao contrário, encontram-se nos arts. 36 e 37. Ali se veem as conhecidas vias de acesso à Corte, bem como sua afirmação de continuidade da jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional. E, note-se bem, o primeiro parágrafo do art. 36 possui sentido quase idêntico ao do art. 38, na parte em que menciona a função da CIJ. Confira-se:

Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange *todas as questões que as partes lhe submetam*, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica [...]

41 PELLET, 2008, p. 748.

42 POMSON, 2017, p. 381.

43 KOLB, 2014, p. 71-72. MELLO, 2004, p. 206 e 685-688. COMBACAU; SUR, 2006, p. 43-44 e 592-594. SHAW, 2008, p. 1064-1088.

Artigo 38. 1. Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional *as controversias que lhe forem submetidas* [...]
(Grifou-se.)

Um dispositivo estabelece as hipóteses em que a CIJ poderá receber e julgar um caso. O outro explica os meios que ela pode usar para isso. Em comum, ambos trazem a exigência da inércia judicial, o princípio da jurisdição voluntária e a competência genérica *ratione materiae*. E o art. 36 §1º, que é mais específico acerca da competência, não exhibe a fatídica palavra “controvérsias”, preferindo os termos “questões” e “assuntos”⁴⁴, que possuem conotação mais ampla. “Controvérsias” só reaparece no art. 36 §2º, acerca da declaração facultativa de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte. Não parece razoável defender que a competência da CIJ é mais restrita quando exercida mediante as declarações unilaterais das partes⁴⁵. Até porque a jurisprudência do tribunal jamais fez diferença entre as “questões” e “assuntos” do §1º e as “controvérsias” do §2º. Tanto é assim que a tradicional definição sobre o que constitui uma controvérsia foi construída pela mesma jurisprudência⁴⁶, tomando elementos de três decisões clássicas⁴⁷, referentes a dois casos que haviam sido referidos à Corte por cláusulas de tratados e a uma opinião consultiva. Ou seja, matérias que estariam dentro de “questões e assuntos” do §1º. E esta mesma definição foi citada pela CIJ nos últimos casos em que precisou debruçar-se sobre a existência ou não de uma “controvérsia”⁴⁸. Nos três casos, embora a

44 Nas versões originais inglesa e francesa, respectivamente “cases” e “matters”; e “affaires” e “cas”.

45 POMSON, 2017, p. 382.

46 SCHMITZ, 2016.

47 Caso Mavrommatis (The Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, PCIJ, Series A, No. 2), p. 11; Opinião Consultiva sobre Interpretação dos Tratados de Paz com Bulgária, Hungria e Romênia (Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: ICJ Reports 1950, p. 65), p. 74; ICJ. South West Africa cases, p. 328.

48 Bélgica v. Senegal (Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422), p. 442, §46. Nicarágua v. Colômbia (Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ

jurisdição da Corte se baseasse na designação por parte de tratados, o acórdão menciona a existência de uma “controvérsia” (“*dispute*”).

Em *Geórgia v. Rússia*, o réu procurou evadir-se da jurisdição da Corte alegando que a Convenção para a Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial (CERD) reservava apenas controvérsias (“*disputes*”) à apreciação da CIJ, enquanto que a situação entre si e a Geórgia não passaria de uma questão (“*matter*”)⁴⁹. A Corte rejeitou expressamente tal argumentação, afirmando não enxergar, no vocabulário da CERD, uma distinção precisa entre questões e controvérsias, que impedisse uma interpretação ampla e intercambiável destes termos⁵⁰.

Para mais, note-se que a Corte vem constantemente evitando interpretar as declarações unilaterais de modo mais restritivo que os acordos *ad hoc* e os tratados mencionados no §1^o⁵¹. A melhor compreensão, então, parece ser que o art. 36 emprega “controvérsias”, “assuntos” e “questões” como termos intercambiáveis. Na verdade, independente do rótulo da situação a que se refira (“controvérsia” etc.), o pedido da parte só será aceito para julgamento caso demande solução jurídica. É por isso que o art. 40 do Estatuto impõe ao autor (ou autores, no caso de submissão conjunta) que identifique o objeto da demanda.

Chama a atenção, neste sentido, que os acórdãos das Ilhas Marshall empreguem a letra do art. 36 §2^o para afirmar a ligação entre as existências de uma disputa e da jurisdição da Corte. Além do já mencionado descompasso com o parágrafo imediatamente anterior, também é preciso apontar que a decisão ignora a diferença entre jurisdição e admissibilidade, já consagrada em jurisprudência⁵²

Reports 2016, p. 3), pag. 26, §50. *Geórgia v. Rússia* (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, p. 70), pag. 84, §30.

49 ICJ. *Georgia v. Russia*, p. 82, §26.

50 ICJ. *Georgia v. Russia*, p. 84, §29.

51 TOMUSCHAT, 2008, p. 657.

52 ICJ. *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections,

e na doutrina especializada⁵³. Em síntese, a jurisdição refere-se ao poder do órgão julgante de dizer o direito em determinado assunto concreto. Trata-se de uma condição que só pode estar preenchida em sua totalidade, ou inteiramente ausente: não existe jurisdição a meias; a corte será competente ou não. Já a admissibilidade indica a aptidão da disputa a uma solução jurídica. Normalmente, a admissibilidade está ligada aos pedidos das partes: alguns podem ser de caráter extrajurídico ou ir além das funções que o Estatuto reserva à Corte. Por isso, a admissibilidade, ao contrário da jurisdição, admite respostas parciais.

Ao contrário do que entendeu a maioria nos casos da *Corrida Nuclear*, a existência de uma disputa é questão referente à admissibilidade da demanda. Parece evidente que a própria submissão de uma petição contra algum Estado já denota uma oposição entre autor e réu. Se tal oposição está expressa nos autos em termos políticos, nada impede que, à medida em que o caso se for desenvolvendo perante o tribunal, os aspectos jurídicos fiquem mais salientes. Trata-se de vício formal sanável, para o qual os precedentes da CIJ sempre foram generosos⁵⁴. No caso sob exame, ainda que se acompanhe a CIJ determinando que não havia uma disputa ao tempo do ingresso das Ilhas Marshall em juízo, tal fato não deveria ter constituído um impeditivo ao julgamento do litígio, pois a mera contestação dos três réus já evidencia a existência de uma discordância sobre questões de fato ou de direito.

Ora, se a interpretação de “controvérsias” no caso das Ilhas Marshall já se afigura problemática e exageradamente restritiva, é fácil perceber que a solução no presente caso desfigura o art. 36. Se a competência da Corte abrange *todas* as questões ou assuntos submetidos pelas partes ou previstos na Carta da ONU, não há espaço para a exigência de que ambas as partes estejam conscientes de que algum tema tenha sido promovido a controvérsia. Então, a decisão ora comentada, ao engrandecer indevidamente uma palavra do art.

Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 29.

53 KOLB, 2014, p. 166-170. TOMUSCHAT, 2008, p. 647.

54 Ver jurisprudência a respeito em BORDIN, 2017, p. 317-320.

38 do Estatuto da CIJ, terminou por restringir o sentido literal do art. 36⁵⁵. Sustenta-se que tal interpretação não está consentânea com a proposta do art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece a importância do contexto do tratado, entendido como o texto integral do documento, e de seu objetivo para a interpretação de dispositivos singulares⁵⁶.

6 EXAME DA JURISPRUDÊNCIA ESPECÍFICA DA CORTE NA MATÉRIA

Tanto é assim que o teste da “*awareness*” sequer contou, ao tempo do julgamento, com a maioria das convicções entre os integrantes da Corte: seu presidente, o magistrado francês Ronny Abraham, deixou expresso em sua declaração individual que pessoalmente era contrário à maior restrição imposta pela CIJ às partes⁵⁷. Porém, compreendia como seu dever enquanto juiz curvar-se ao que percebeu como jurisprudência clara da Corte, em favor da consistência na aplicação do direito, da segurança jurídica e para evitar suspeitas de arbitrariedade.

Excetuando-se o caso de injustiça extrema, que claramente não ocorre aqui, é certamente louvável que um juiz integrante de órgão colegiado ponha a integridade da função judicante do órgão à frente de suas próprias convicções, dando preferência à opinião de seus colegas para evitar dissensos desnecessários no seio do tribunal. Embora se concorde com o juiz Abraham em princípio, discorda-se da aplicação desta ideia nobre ao caso em exame. Relembre-se o resultado das votações: o processo envolvendo o Reino Unido terminou em 8 a 8, que na prática transformou-se em um 9 a 8 para Londres graças ao segundo voto do juiz presidente. Índia e Paquistão venceram por 9 a 7, estando o juiz Abraham junto com

55 As regras de procedimento, que deveriam ser instrumentais, tornaram-se um fim em si. GALINDO, 2017, p. 76.

56 Cf., a respeito, LUPI, 2011.

57 ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom. Declaration of President Abraham, p. 859, §§ 9º e 10.

a maioria. Nos três casos, o julgador francês teria podido alterar o resultado final do julgamento com seu posicionamento. Ainda que se concordasse com sua interpretação da jurisprudência da Corte como exigindo o teste da “*awareness*”, seria forçoso reconhecer que uma maioria de juízes já discordava deste precedente. O próprio juiz Yusuf, que mudou de lado nos casos contra Índia e Paquistão, não o fez após examinar a “ciência” destes países sobre a disputa, e sim por entender que eles, havendo votado sempre em consonância com as Ilhas Marshall na Assembleia Geral da ONU, favoreciam o mesmo ponto de vista, e não estariam resistindo à alegação sobre sua obrigação de negociar o fim do armamento nuclear⁵⁸. Portanto, no assunto específico da conscientização de um país sobre uma controvérsia com outro, sequer havia uma maioria formada na CIJ. Nesta perspectiva, parece que o juiz Abraham contrariou sua própria apreciação do direito para sustentar uma jurisprudência extremamente contestada⁵⁹, cuja sobrevivência não está de forma alguma garantida.

Longe de afastar a suspeita de arbitrariedade do presente julgamento, uma análise mais cuidadosa dos precedentes citados apenas ressalta a unicidade da interpretação atual. Com efeito, no caso das *Alegadas Violações dos Direitos Soberanos e Espaços Marítimos no Mar do Caribe* (Nicarágua v. Colômbia), a Corte afirmou sua competência, rejeitando o argumento colombiano de que não havia uma disputa entre os dois países pois ambos evitavam o conflito no espaço marítimo disputado e periodicamente se referiam à necessidade de negociar para implementar uma solução definitiva. Ainda assim, a CIJ aceitou julgar o caso, verificando que a prática dos Estados evidenciava que não concordavam sobre o tema trazido pela Nicarágua⁶⁰. Embora o acórdão tenha mencionado que a Colômbia deveria estar ciente de que havia uma disputa com a Nicarágua no Mar do Caribe, tal “ciência” não é erigida a

58 ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*. Declaration of Vice-President Yusuf, p. 288-291, §§ 25-32.

59 PALESTINI, 2017, p. 5.

60 PALESTINI, 2017, p. 10.

critério decisivo para identificar a existência da controvérsia⁶¹. Pelo contrário, não se lê “awareness” na parte do acórdão onde se define o que se considera uma disputa para a Corte⁶².

No caso das *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar* (Bélgica v. Senegal)⁶³, a Corte se declarou incompetente em relação a um pedido específico da Bélgica, aceitando julgar outras solicitações. Naquele caso, a Bélgica pedia que o Senegal fosse declarado em mora relativamente a obrigações de julgar ou extraditar Hissène Habré, o antigo chefe de Estado do Chade, residente no Senegal. O país europeu mencionava a necessidade de julgar o ex-presidente pelo crime de tortura, como previsto na *Convenção contra a Tortura*, e por crimes contra a humanidade, com base no costume internacional. Porém, esta segunda alegação foi feita apenas durante o procedimento perante a CIJ. Toda a correspondência diplomática com Dacar efetuada antes do ajuizamento da ação se referia apenas à possível prática de tortura. Nestas circunstâncias, a CIJ se absteve de julgar o mérito das alegações belgas sobre crimes contra a humanidade, afirmando não ver aí uma disputa entre as partes.

Este caso sustenta melhor a posição da Corte perante as Ilhas Marshall em 2016. Contudo, além de constituir precedente isolado, como se verá, não é difícil proceder a um *distinguishing* entre as situações. Em *Bélgica v. Senegal*, a suposta obrigação consuetudinária de julgar um antigo chefe de Estado por crimes contra a humanidade jamais fora mencionada ao Senegal. Ao tempo do julgamento, em 2011, tal exigência de Bruxelas sequer possuía ressonância internacional. Na verdade, existia um costume internacional bastante

61 De toda forma, este caso não havia sido julgado ao tempo das apresentações de argumentações escritas e orais nos casos das Ilhas Marshall. “*Therefore, rather ironically, the parties had no objective awareness of the “objective awareness” criterion at the material time or in the lead-up to the proceedings. Moreover, there is no indication that this precedent actually supports the introduction of this new criterion, especially as a formal legal requirement.*” PROULX, 2017a, p. 98. PROULX, 2017b, p. 12.

62 BONAFE, 2017, p. 10.

63 ICJ. *Belgium v. Senegal*, §§ 53-55.

claro em sentido contrário: chefes de Estado possuem imunidade de jurisdição internacional, e ex-líderes possuem imunidade em relação a atos praticados durante o exercício de seus mandatos. A Bélgica pretendia afirmar a existência de outro costume. Poderia ser um costume hierarquicamente superior, caso se estabelecesse uma ligação com o *jus cogens*, ou de surgimento posterior, dependendo de comprovação prática. Seja como for, seria necessário que Senegal primeiramente fosse solicitado a cooperar com o julgamento do sr. Habré por crimes contra a humanidade. Em não o fazendo, então a Bélgica poderia afirmar a existência de uma disputa e levá-la ao conhecimento de Haia.

A decisão da CIJ neste caso não parece ter sido tomada pelo critério da “*awareness*”⁶⁴. Em vez disso, diante da existência de um costume afirmando a imunidade geral do ex-chefe de Estado no plano internacional, costume esse que só é revogado, a princípio, por normas convencionais como a prevista na *Convenção contra a Tortura*, qualquer exigência suplementar deveria, segundo o acórdão, ser primeiramente dirigida ao Senegal, para que este pudesse se pronunciar a respeito, até eventualmente concordando com a autora. Compare-se a afirmação de um novo costume internacional pela Bélgica com a situação das potências nucleares, rés neste *Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear*. Dificilmente pode ser aceito que os detentores de tais armas foram pegos de surpresa – não pela ação das Ilhas Marshall, efetivamente inesperada, mas pela existência de uma oposição geral à continuidade do *status* atual em relação às armas nucleares.

Mesmo mantendo que as duas situações em comento são distintas, concede-se que esta parte do acórdão Bélgica v. Senegal se aproxima da *ratio decidendi* da maioria no caso de 2016. Contudo, é possível questionar se um caso isolado compõe um precedente tão forte a ponto de impedir a Corte de exercer sua função jurisdicional. Também vale refletir sobre até que ponto os magistrados de Haia se detiveram sobre este pedido da Bélgica, que, no âmbito da contro-

64 O acórdão sequer menciona tal vocábulo.

vérsia, apresentava caráter claramente suplementar. A afirmação da incompetência a este respeito não prejudicou, ao fim e ao cabo, o núcleo da pretensão belga, que foi considerada digna de julgamento. Trata-se de um contexto sensivelmente distinto daquele enfrentado pelas Ilhas Marshall, as quais tiveram seus casos prematuramente encerrados pelo argumento único da falta de existência de uma controvérsia com os réus.

Por fim, no caso da *Aplicação da Convenção para a Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial* (Geórgia v. Rússia), tratava-se de determinar se a CIJ seria competente para julgar a ação proposta pela Geórgia contra sua grande vizinha, com base na cláusula compromissória da *Convenção contra a Discriminação Racial*. Era preciso ver se a controvérsia entre as partes estava incluída no âmbito de incidência de referida convenção. A CIJ examinou uma vasta quantidade de material oferecido pela Geórgia e questionado pela Rússia, através do qual a autora tentava demonstrar a existência de uma disputa relativa não apenas ao apoio russo a separatistas e à ameaça à integridade territorial do país do Cáucaso, mas também ao tratamento discriminatório recebido por georgianos em áreas alegadamente controladas de fato pela Rússia.

Nesta tarefa, o acórdão menciona por três vezes a “ciência” da Rússia acerca do fato de que a Geórgia disputava sobre sua conduta. Mas, novamente, esta condição não aparece como suficiente para aceitar ou rejeitar a competência do tribunal. Em duas ocasiões⁶⁵, o acórdão menciona declarações georgianas que provavelmente não chegaram ao conhecimento da Rússia, mas que também não tratavam dos assuntos da *Convenção contra a Discriminação Racial*, sendo então imprestáveis, de todo modo, para fundar a jurisdição da Corte de Haia. Em nenhum momento a Corte utilizou o provável desconhecimento da Rússia como fator determinante. Ela priorizou o exame do conteúdo daquelas manifestações georgianas, pois a CERD exige negociações prévias entre as partes antes da submissão do caso à CIJ⁶⁶. E isto fica bem

65 ICJ. Georgia v. Russia, §§ 61 e 104.

66 BONAFE, 2017, p. 10.

claro na terceira ocasião em que a “*awareness*” da Rússia quanto às queixas georgianas foi examinada⁶⁷. Em relação a uma decisão do parlamento georgiano de 2006, a CIJ não tem dúvidas de que a Rússia estava ciente, pois seu representante junto à ONU havia criticado tal documento no dia seguinte. Porém, mesmo superando o teste da ciência, pela parte oposta, de que havia uma disputa, tal declaração não ajudou a Geórgia, pois o acórdão entendeu que faltava uma referência explícita à discriminação ou à limpeza étnica, de modo a constituir uma tentativa de negociação na zona de incidência da *Convenção contra a Discriminação Racial*.

Assim, o caso da *Aplicação da Convenção para a Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial* (Geórgia v. Rússia), tal como *Questões relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar* (Bélgica v. Senegal) e *Alegadas Violações dos Direitos Soberanos e Espaços Marítimos no Mar do Caribe* (Nicarágua v. Colômbia), não suportam a conclusão da maioria em *Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear*. Trata-se de uma inovação na jurisprudência da CIJ, a qual restringe a possibilidade de acesso à Corte e torna mais fácil para Estados recalcitrantes prevenir-se contra uma ação judicial às suas custas⁶⁸.

7 A DESNECESSÁRIA BUROCRATIZAÇÃO DE UMA CONTROVÉRSIA

Neste sentido, algumas declarações individuais dos magistrados propuseram a questão sobre se a falta de uma controvérsia entre as partes poderia ser remediada por uma nova ação, eis que, a partir de agora, todos estão bem cientes da posição das Ilhas Marshall sobre os arsenais nucleares. O juiz Owada, integrante da maioria, chegou quase a sugerir tal caminho à autora⁶⁹. Já os juízes

67 ICJ. Georgia v. Russia, § 87.

68 Béatrice Bonafe nota que o critério da “*awareness*” seria de difícil aplicação em outros procedimentos perante a Corte, como pedido de interpretação, reconvenção ou intervenção de terceiro. Ou ainda em uma disputa contenciosa multilateral, com pluralidade de agentes em um dos pólos. BONAFE, 2017, p. 24-26.

69 ICJ. Marshall Islands v. United Kingdom. Separate Opinion of Judge Owada, §21.

Yusuf e Bennouna, ao que parece de modo mais realista, incluíram tal possibilidade entre suas críticas à sentença: o objetivo de toda a discussão seria rejeitar a petição, para que as Ilhas Marshall introduzissem uma nova?

Aparentemente, a resposta da maioria seria afirmativa, pois os réus agora se encontram protegidos da litigância surpresa – que, segundo a juíza Xue, deveria ser desencorajada pela Corte. De acordo com a decisão, o integrante do polo passivo deve ter oportunidade de reagir às demandas, antes que estas sejam convertidas em petições processuais. A Corte entendeu que o estabelecimento de sua jurisdição não deveria vir como uma ocorrência inesperada para o réu, sendo-lhe garantida antes a possibilidade de resolver a pendência através da ação direta⁷⁰. O problema deste posicionamento é que não existe motivo para esta superproteção do réu. O Estatuto e o Regulamento da Corte já protegem igualmente as partes em conflito, através das regras processuais que obrigam os magistrados internacionais⁷¹. Além do mais, a litigância surpresa é uma possibilidade implícita, e já amplamente reconhecida, decorrente da aceitação da jurisdição obrigatória da Corte por meio da declaração unilateral do art. 36 §2^{o72}. Da mesma forma que os Estados acedentes à possibilidade do art. 36 §2^o passam a contar com a faculdade de iniciar procedimentos no dia seguinte à entrega da declaração, assim também podem ser imediatamente processados.

70 Pomson (2017, p. 389) defende o teste da “*awareness*”, afirmando que, sem ele, a função da CIJ pode ser inutilizada em um caso concreto. Se o réu, que não estivesse consciente da existência de uma disputa, passasse a concordar com o pedido do autor, a CIJ não teria mais motivo para julgar o caso. Embora se concorde com a possibilidade de ocorrer tal fato, vale ressaltar que não parece muito provável. Ademais, as partes já contam com a possibilidade de pedir a retirada do caso. A CIJ, como órgão da ONU, cumpre os fins a que se destina quando o processo em seu seio aproxima as partes de modo que desejem concluir o caso entre si, antes da sentença de mérito.

71 BONAFE, 2017, p. 20-21.

72 A juridicidade de uma demanda remetendo à aceitação da jurisdição obrigatória da CIJ que foi efetuada apenas para conseguir iniciar esta demanda já foi afirmada pela CIJ no caso do *Direito de Passagem por Território Indiano* (Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C. J. Reports 1957, p. 125), p. 145-149.

Longe de se tratar de um efeito negativo da aceitação unilateral da jurisdição obrigatória da Corte, a litigância surpresa é muitas vezes a única chance de Estados politicamente desfavorecidos desafiar seus adversários no tribunal, eis que do contrário o litigante que se encontra em posição de vantagem na situação concreta recusará a submissão à CIJ. Trata-se, amiúde, de uma vantagem para o Estado mais fraco⁷³.

De toda forma, as condições para o estabelecimento e exercício da jurisdição da Corte não existem para proteger uma das partes em detrimento da outra⁷⁴, mas para resguardar a própria função judicante do tribunal central das Nações Unidas⁷⁵. Para cumprir seu propósito de apaziguar os conflitos interestatais provenientes dos choques de interesses particulares, será preciso antes de mais nada que a Corte identifique a existência de um litígio suscetível de resposta jurídica⁷⁶.

Como se pode imaginar, tal situação foi devidamente compreendida pelos Estados vencedores. Em consonância, o Paquistão e o Reino Unido já emendaram suas declarações de aceitação da jurisdição compulsória da CIJ⁷⁷. Ambos acrescentaram uma cláusula excluindo a competência de Haia para disputas pré-existentes, ainda que objeto de casos novos⁷⁸. (A declaração

73 BONAFE, 2017, p. 22. GALINDO, 2017, p. 75-76.

74 Comentando as críticas que a CIJ recebeu por seu excessivo formalismo no presente caso, Edoardo Stoppioni lembra que o formalismo, entendido como submissão das partes e do julgador à mesma lei, protege o mais fraco contra abusos. No caso das Ilhas Marshall, porém, a CIJ teria inventado um requisito suplementar para sua jurisdição, redundando na menor proteção do Estado menos poderoso. STOPPIONI, 2017, p. 72-74.

75 ICJ. *Marshall Islands v. United Kingdom*. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, §13.

76 BRANT, 2002, p. 249.

77 A Índia já possuía uma cláusula ampla excepcionando da jurisdição da Corte toda questão conectada com situações de legítima defesa ou conflitos armados. A redação é bastante abrangente, e pode ser um obstáculo caso outro Estado intente seguir a trilha aberta pelas Ilhas Marshall. Cf. KUMAR, 2014.

78 Cf. as declarações do Paquistão em < <http://www.icj-cij.org/en/declarations/pk>> e do Reino Unido em < <http://www.icj-cij.org/en/declarations/gb> >. Acesso em 10.ago.2018.

britânica honrou a decisão da Corte detalhando que se referia a uma controvérsia ou um pedido – já que não teria havido controvérsia com as Ilhas Marshall.) Precavido, o Reino Unido foi além, não só retirando sua aceitação para casos envolvendo armas nucleares, como também exigindo que qualquer assunto lhe seja notificado com pelo menos seis meses de antecedência pela outra parte antes de submetê-lo à Corte. Combinando tal disposição com a faculdade, igualmente prevista na cláusula, de modificar ou cancelar a aceitação quando quiser e com efeito imediato, tem-se que Londres retirou, na prática, sua cláusula de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte, estando agora tão livre para aceitar ou rejeitar a jurisdição do tribunal quanto um Estado que não tenha emitido declaração alguma⁷⁹.

CONCLUSÃO

Em *Obrigações referentes a Negociações para a Cessação da Corrida por Armas Nucleares e para o Desarmamento Nuclear*, a Corte Internacional de Justiça não esteve à altura das expectativas que o texto de seu Estatuto e os países mais fracos nela depositaram. Espera-se que o fracasso das Ilhas Marshall não resulte na renovação da percepção da Corte como subserviente aos interesses das potências globais⁸⁰. É preciso lembrar, porém, que após recusar-se a julgar o mérito do tormentoso caso do *Sudoeste Africano* (em outra decisão tomada pelo voto de desempate presidencial), a Corte passou a ser evitada pelos países em desenvolvimento, permanecendo

79 É verdade que há jurisprudência robusta no sentido de que cabe à Corte a interpretação das declarações unilaterais dos Estados aceitando sua jurisdição. Mas a nova declaração britânica parece, à primeira vista, clara o suficiente para impedir qualquer expansão de seu sentido para além do literal.

80 Fracasso em ter seu caso julgado. O autor deste trabalho abriga sérias dúvidas sobre a procedência do pedido das Ilhas. É lamentável, de todo modo, que a Corte não tenha dado às partes oportunidade para se manifestar sobre a obrigação, convencional ou consuetudinária, de negociar para o desarmamento. Em sede de voto dissidente, o juiz Cançado Trindade dissertou sobre a existência de uma tal obrigação. Também a Corte Internacional de Justiça, por ocasião da *Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares*, afirmou existir uma tal obrigação. Cf. DUPUY, 2006, p. 669. Seria interessante acompanhar a aplicação deste axioma ao caso sob análise.

sob suspeita de favorecer a Europa Ocidental e os EUA⁸¹. Tal má impressão apenas se desfez com o chamativo caso das *Atividades Militares e Paramilitares em e contra a Nicarágua*, tendo custado à CIJ a aceitação de sua jurisdição pelos Estados Unidos. Cinquenta anos após a porta de Haia ter-se fechado para Etiópia e Libéria, as Ilhas Marshall também são rejeitadas em um caso de impacto. Desta vez, porém, nem a pusilanimidade da Corte a salvou da retirada (na prática) do último membro permanente do Conselho de Segurança que restava dentre os aceitantes de sua jurisdição compulsória.

Uma possível explicação alternativa para o desfecho melancólico neste caso está no fato de que o Estado arquipélago autor não ingressou na Corte em busca de direito seu diretamente ameaçado por conduta alheia. Tratou-se, como se pôde ver, de um caso pouco convencional, em que o potencial atingido pela alegada violação seria toda a humanidade – ou, de modo mais sóbrio, toda a comunidade dos países membros do TNP. Talvez o bloco majoritário dos juízes tenha ficado pouco à vontade com manifestação tão audaz de invocação da responsabilidade por Estado não lesado⁸², muito embora fosse relativamente fácil, pensa-se, demonstrar aqui seja o interesse coletivo, seja o caráter *erga omnes* da obrigação, conforme exigido pelo Projeto de Artigos da Comissão Internacional sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados.

Seja como for, a peleja das Ilhas Marshall pode ter aberto caminho para novas responsabilizações de condutas que ameacem interesses coletivos da sociedade internacional. Embora os Estados nucleares estejam protegidos contra novas ações, outras possíveis violações do Direito Internacional podem bem ver-se discutidas pela Corte, sempre que esta não use de formalismos para escapar de decisões incômodas.

81 KRISCH, 2016.

82 Ranganathan alerta que, se a CIJ não se decidir a enfrentar tais casos que promovem interesses coletivos, será vista como pouco mais que um tribunal arbitral. RANGANATHAN, 2017, p. 94.

REFERÊNCIAS

Doutrina:

BECKER, Michael A. The dispute that wasn't there: judgments in the Nuclear Disarmament cases at the International Court of Justice. *Cambridge International Law Journal*, Vol. 6 No. 1 (2017).

BIANCHI, Andrea. Choice and (the Awareness of) its Consequences: the ICJ'S 'Structural Bias' strikes again in the Marshall Islands Case. *AJIL Unbound*, vol. 111: Symposium on the Marshall Islands Case (2017).

BONAFÉ, Beatrice I. Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and implications. *Questions of International Law*, 45 (2017).

BORDIN, Fernando Lusa. Procedural Developments at the International Court of Justice. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 16 (2017).

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A autoridade da coisa julgada no Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARTER, Barry E.; TRIMBLE, Phillip R; BRADLEY, Curtis A. *International Law*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*, 7^e ed. Paris: Montchrestien, 2006.

DAVIS, Katherine Maddox. Hurting More than Helping: How the Marshall Islands' Seeming Bravery Against Major Powers Only Stands to Maim the Legitimacy of the World Court. *Minnesota Journal of International Law*, 25:1 (2016).

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*, 8^{ème} ed. Paris: Dalloz, 2006.

GALINDO, George R. B. On Form, Substance, and Equality between States. *AJIL Unbound*, vol. 111: Symposium on the Marshall Islands Case (2017).

KOLB, Robert. *The Elgar Companion to the International Court of Justice*. Cheltenham (UK), Northampton (MA-USA): 2014.

KRISCH, Nico. Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases. Postagem de 10.out.2016 no Blog **European Journal of International Law Talk!** Disponível em: < <https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases/#more-14629> >. Acesso em: 10.ago.2018.

KUMAR, Shashank P. The Marshall Islands' Case against India's Nuclear Weapons Program at the ICJ. Postagem em 27.jun.2014 no blog **European Journal of International Law Talk!** Disponível em: < <https://www.ejiltalk.org/the-marshall-islands-case-against-indias-nuclear-weapons-program-at-the-icj/#more-11117> >. Acesso em 10 ago. 2018.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Artigo 31. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos Tratados**. Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MELLO, Celso R.D.A. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. 2, 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

ÖBERG, Marko Divac. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. **European Journal of International Law**, vol. 16, n. 5 (2006)

PALESTINI, Lorenzo. Forget About Mavrommatis and Judicial Economy: The Alleged Absence of a Dispute in the Cases Concerning the Obligations to Negotiate the Cessation of the Nuclear Arms Race and Nuclear Disarmament. **Journal of International Dispute Settlement**, 2017.

PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas et al. **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

POMSON, Ori. The Obligations concerning Negotiations Cases and the “Dispute” Requirement in the International Court of Justice. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals** 16 (2017).

PROULX, Vincent-Joël. The Marshall Islands Judgments and Multilateral Disputes at the World Court: Whither Access to International Justice? **AJIL Unbound**, vol. 111: Symposium on the Marshall Islands Case (2017).

_____. The World Court's Jurisdictional Formalism and its Lost Market Share: The Marshall Islands Decisions and the Quest for a Suitable

Dispute Settlement Forum for Multilateral Disputes. **Leiden Journal of International Law**, vol. 30, no. 4 (2017).

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**, 2^a ed. Tradução portuguesa de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003

RANGANATHAN, Surabhi. Nuclear Weapons and the Court. **AJIL Unbound**, vol. 111: Symposium on the Marshall Islands Case (2017).

ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of Modern International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2004

_____. The President of the International Court of Justice. *In*: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia (orgs.). **Fifty Years of the International Court of Justice**. Essays in Honour of Sir Robert Jennings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

SCHMITZ, Maitê de Souza. Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Arms Race Case. **Harvard International Law Journal: Student Features**. 21.nov.2016. Disponível em: < <http://www.harvardilj.org/2016/11/decision-of-the-international-court-of-justice-in-the-nuclear-arms-race-case/> >. Acesso em: 10.ago.2018.

SHAW, Malcolm N. **International Law**, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STOPPIONI, Edoardo. Decentring the ICJ: A critical analysis of the Marshall Islands judgments. **AJIL Unbound**, vol. 111: Symposium on the Marshall Islands Case (2017).

TAMS, Christian. No Dispute About Nuclear Weapons? Postagem de 6.out.2016 no Blog **European Journal of International Law Talk!** Disponível em: <ejiltalk.org/no-dispute-about-nuclear-weapons/>. Acesso em: 10.ago.2018.

TOMUSCHAT, art. 36. In: ZIMMERMANN, Andreas et al. **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Jurisprudência:

ICJ. Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016, p. 3.

ICJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.

ICJ. Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C. J. Reports 1957, p. 125.

ICJ. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996, p. 226.

ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

ICJ. Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 14.

ICJ. Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

ICJ. Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

ICJ. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 255.

ICJ. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552.

ICJ. Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016, p. 833.

ICJ. Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 100.

ICJ. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

ICJ. South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, p. 319.

ICJ. South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

PCIJ. Lotus. Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A – 10. September 7th, 1927.

PCIJ. The Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, PCIJ, Series A, No. 2.

Recebido em: 13/08/2018

Aprovado em: 23/11/2018

