

8

Conflitos Internacionais e Mecanismos para sua Solução

Com a intensificação das relações interestatais, os riscos de surgimento de controvérsias se multiplicam de forma exponencial. O direito internacional atual, tirando lições do passado que conduziram a sociedade internacional à intolerância e à guerra, se esforçou para proibir a passagem às armas. Nesta ótica, se impôs o **princípio da solução pacífica das controvérsias**.

Tal obrigação, afirmada paralelamente à limitação progressiva e posteriormente definitiva e geral ao recurso à força armada nas relações internacionais, constituindo seu corolário, e consagrada no art. 2º, § 3º, da Carta das Nações Unidas, tornou indispensável a propositura aos Estados de uma gama de possibilidades para dirimir seus litígios. Antes de citar os modos oferecidos aos Estados, deve-se salientar que a obrigação da solução pacífica é apenas uma **obrigação de meio**, pois obriga somente a negociar de boa-fé.¹ Ela não exige que se chegue a uma solução efetiva.

8.1 Noção de conflito internacional e a escolha dos métodos

Duas grandes vias se abrem aos Estados: o **modo jurisdicional** e o **modo diplomático**, este caracterizado pela solução determinada em funções de natureza diversa, inclusive política, e aquele finalizado por uma solução obrigatória, fun-

¹ Tal como indicou a CIJ no caso *Plateau continental de la mer du nord*, Recueil CIJ 1969.

dada no direito. O art. 33 da Carta da ONU enumera, de forma não exaustiva, os diversos modos que compõem estas duas categorias. Ainda, há a possibilidade de se utilizar de métodos coercitivos, pressões exercidas por um Estado para dirimir eventuais controvérsias. Contanto que cheguem a uma solução pacífica, os Estados gozam de total liberdade para escolher, eles próprios, os meios que melhor lhes aprouverem.

8.1.1 A teoria das controvérsias justiciáveis e não justiciáveis

A fim de aprisionar o campo de aplicação de potencial solução jurisdicional de seus litígios, os Estados tentaram argumentar sobre 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, capitaneada por Sir Lauterpacht. Historicamente, a teoria das controvérsias não justiciáveis é fruto de reflexões que têm por ambição favorecer a alçada da jurisdição dita obrigatória, mostrando aos Estados recalcitrantes o fraco risco da submissão de seu litígio a um órgão jurisdicional obrigatório. Este somente poderia ser levado a conhecer de controvérsias menores, isto é, as controvérsias “justiciáveis”, e seria incapaz de decidir as questões que apresentam um interesse vital para as nações, que foi reconhecida no direito convencional nas Convenções de Haia de 1899 e de 1907, que, aliás, são modelos para numerosos tratados multilaterais de jurisdição obrigatória e apresentam fórmulas repetidas sucessivamente nos Estatutos da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça.

Segundo uma **definição clássica** dada pela Corte de 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”.² 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 aos Estados desejosos de reencontrar seu livre-arbítrio, ao passo que os próprios haviam dado seu consentimento anteriormente a um modo jurisdicional de solução de controvérsias. Portanto, longe de suas preocupações originais, tal teoria se revelou como uma barreira eficaz atrás da qual os Estados podem se proteger e esconder suas verdadeiras intenções, estando seguros de qualquer crítica.

Porém, essa teoria é altamente criticável, pelo fato da impossibilidade de encontrar um critério satisfatório para definir claramente as controvérsias jurídicas

² *Concessions Mavrommatis en Palestine – exceptions préliminaires*, Rec. CPJI, Série A, nº 2.

das políticas. Com efeito, nos parece que, na realidade, **não existe diferença fundamental** de natureza entre as controvérsias ditas políticas das ditas jurídicas. Nenhum litígio interestatal tem um caráter exclusivamente político ou jurídico. Como ressaltou o ex-secretário-geral da ONU Boutros-Ghali, as controvérsias jurídicas submetidas à Corte são geralmente apenas a tradução normativa de conflitos políticos mais profundos. Ademais, cada litígio pode ter uma resposta jurídica, ao menos virtualmente, incluindo-se aqui o de forte importância política.

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. Assim, a verdadeira questão é aquela de saber se os Estados têm o interesse de submetê-las à solução jurisdicional.

Essencial é saber sobre a disposição ou ausência de disposição dos governos a ter uma solução jurisdicional para um litígio concreto, ou a determinado número de litígios futuros. Trata-se de **questão de ordem política**. Não se pode falar, também, em uma justiciabilidade objetiva de certos tipos de controvérsias, em relação a outras. Para litígios surgidos sobre a mesma matéria, certos Estados decidiram tratar alguns pela via diplomática, outros pela via jurisdicional, e em ambos os casos uma decisão fundada no direito seria possível.

Ainda, para o político levado a decidir sobre qual método utilizar, vê-se que ele o considera político e tende a subtraí-lo da decisão de juízes quando ponderar que os interesses em jogo estão tão estreitamente ligados ao Estado e a sua soberania que não se dispõe a afastar a solução da controvérsia de seu **poder de decisão pessoal**. Do contrário, maior é a disposição de entregar a tarefa a terceiro. Assim, é interessante determinar em quais casos um Estado decidirá, em função de seus interesses, de remeter a terceiros o exercício normal de suas competências soberanas de autointerpretação do direito, e então de se privar de sua preciosa liberdade, para ter seu comportamento ditado pelos juízes fora de seu controle, ou resolva dirimir o litígio de forma diplomática.

8.1.2 A escolha dos métodos

Duas categorias de matérias podem ser matéria de um litígio: as **relativas ao domínio reservado do Estado** e aquelas ligadas a **matérias técnicas**, nas quais a soberania estaria em menor perigo. No que tange às primeiras, as mais vitais, concernentes à segurança e à paz internacional, os Estados são muito mais reticentes em admitir um controle de uma terceira parte. Em revanche, é mais fácil para os Estados consentir a 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 número relativamente importante de tratados comportando uma cláusula jurisdicional em tais matérias, sobretudo aqueles que tratam da promoção e proteção dos investimentos estrangeiros, pois as controvérsias que podem surgir da interpretação e da aplicação de tais acordos, mesmo quanto ao direito aplicável, podem ser mais confortavelmente quando dados previamente. 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. Em direito internacional, o brocardo latino é invertido: *de maximis non curat iudex*.

Ademais, pode-se constatar que as maiores potências internacionais são mais reticentes a admitir uma solução jurisdicional. Os Estados fortes podem temer que tal recurso a uma jurisdição independente possa **transformar uma igualdade de direito em uma igualdade de fato**, 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.

A influência desse fator na escolha deve, entretanto, ser relativizada. Ele se baseia em grande parte no medo dos Estados fracos de ver imposto outro modo de solução de controvérsias, a saber, o uso da força. Assim, não é mais raro que um Estado dito fraco desafie um Estado muito mais poderoso que ele, recusando a solução jurisdicional, não se sentindo ameaçado, na ausência de uma potencial sanção.

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.

A lógica comanda, ainda, 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 supor que um Estado avisado somente escolheria um modo jurisdicional no caso em que a perspectiva de obter uma decisão favorável seja superior à de obter uma decisão desfavorável. Um Estado não estaria, pois, pronto a correr o risco judiciário se ele estima que esse risco é demasiadamente importante.

Pode-se, portanto, imaginar **três hipóteses**. Primeiramente, um Estado convencido de obter uma **decisão positiva** da jurisdição será naturalmente inclinado a preferir apresentar-lhe o caso a resolver o litígio pela via de negociações, pois não há motivos para que um Estado seguro de si escolha proceder a tais concessões, a não ser para evitar os eventuais inconvenientes de uma batalha jurisdicional.

Em segundo lugar, pode-se considerar a proposição imediatamente contrária, na qual um Estado crê que a jurisdição deve 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.

Em certos casos particulares, pode um Estado considerar que o recurso aos juízes ou aos árbitros seja **oportuno mesmo quando esses terceiros risquem de decidir contra sua proposição**. Um Estado confrontado a um litígio, desejoso de fazer concessões no plano diplomático, poderia ter sua atitude refutada pela opinião pública. 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.

A avaliação feita pelos Estados da direção tomada em uma eventual decisão sobre optar pela via jurisdicional é um processo complexo, que continua, em parte, incerto. Sabemos que independentemente das considerações aqui tecidas, os Estados procedem, na larga maioria dos casos, à solução diplomática. 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.”

Assim, cabe constatar que os Estados são levados a combinar os diversos modos existentes a sua disposição: as formas jurídicas e políticas são utilizadas paralelamente.

8.2 Mecanismos diplomáticos de resolução de controvérsias

Os modos não jurisdicionais (ou diplomáticos) de solução de litígios têm em comum o fato de serem desprovidos de alcance obrigatório, salvo estipulação convencional expressa. Os processos diplomáticos de solução de controvérsias caracterizam-se pela existência de um foro de diálogo entre as partes divergentes, exercitado por meio de conversações amistosas, buscando encontrar um denominador comum para a satisfação dos interesses de ambas as partes envolvidas num conflito internacional.

8.2.1 A negociação

A **negociação** se singulariza pela ausência total de um terceiro, sendo os Estados em questão os atores da solução do conflito. Considerando sua forma, a ne-

gociação pode ser bilateral ou multilateral, segundo o número de partes presentes, *ad hoc* ou institucionalizada por meio de uma comissão de uma organização internacional, conduzida por diplomatas ou formalizada por encontros de cúpula.

Considera-se que a negociação é o **instrumento ordinário das relações internacionais**. Com efeito, ela preenche funções das mais diversas, como a elaboração de tratados, definição de políticas, ou a solução própria de controvérsias. Por conseguinte, é esta a forma ordinária de solução de litígios internacionais. As Cortes permanentes já firmaram esse posicionamento, indicando que o “método mais apropriado à solução de controvérsias é sem dúvida o da negociação”,³ sendo a solução jurisdicional mero “sucedâneo da solução direta e amigável desses conflitos entre as Partes”.⁴ Cabe ressaltar que nada da jurisprudência suporta uma prévia obrigação de negociar antes de outro método de solução.⁵ Os Estados continuam mestres de sua atuação.

As jurisdições internacionais apenas sancionam a obrigação de negociar se ela foi **expressamente subscrita** pela parte contra a qual é invocada. A obrigação de recorrer à negociação prévia é resultado de compromisso contratado pelos Estados em questão por intermédio de disposição convencional ou qualquer outra forma juridicamente aceita de expressão de consentimento dos Estados. Ademais, a liberdade de ação dos Estados gera diversas interpretações sobre o conteúdo preciso da obrigação convencional de negociar, e as Cortes internacionais indicaram que é mera obrigação de meio, fundada na boa-fé, em vistas a chegar a um acordo, devendo os Estados se comportar de tal forma que a negociação tenha um sentido, entretanto, não consolidaram em nenhum momento uma **obrigação de resultado**.⁶

8.2.2 A intervenção de terceiros

Quando as partes não chegam a um acordo pela via direta, a intervenção de um terceiro – Estado, organização internacional, ou personalidade – é requerida para sair do impasse. Tal intervenção pode se revestir de formas diversas. O terceiro pode incitar as partes a retomar a negociação ou se limitar a abrir um canal

³ *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, Fond, Recueil CIJ 1974.

⁴ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, CPJI, Série A n° 22, Série C n° 17-I (I), 17-I (II), 17-I (III), 17-I (IV).

⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, Recueil CIJ 1998.

⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, Recueil CIJ 1969, p. 3; *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI, Série A n° 2, Série C n° 5-I; *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne (Section de ligne Landwarów-Kaisiadorys)*, CPJI, Série A/B n° 42, Série C n° 54; *Affaire du Lac Lanoux (Espagne, France)*, sentence du 16 novembre 1957, R.S.A., vol. XII.

de comunicação complementar: diz-se que o terceiro propôs seus *bons officios*. De outro lado, o terceiro pode realizar um verdadeiro inquérito sobre os fatos pertinentes, para então propor sua solução: este é o caso de **conciliação**. E entre estas duas formas de intervenção que encontramos a **mediação**, apesar de grande confusão desta com os *bons officios*, normalmente apresentados como sinônimos.⁷

O **critério de distinção** entre tais métodos, de origem costumeira e codificada pela Convenção de Haia de 1907, reside no papel incorporado pelo terceiro. O papel mais importante do terceiro se mostra nos casos de mediação, que abre às partes uma base de acordo possível, soluções sobre as quais estas poderão se pronunciar. O mediador poderá seguir e mesmo guiar a negociação até seu acordo.

Quando um desacordo entre Estado sobre determinado fato é sério o suficiente para dificultar uma negociação, que tenderia a se eternizar até que cada uma das partes abandone suas pretensões ou tente impor seu ponto de vista pela força, a prática mostra que há casos em que é oportuno convocar um terceiro cujo sucesso da intervenção está subordinado à vontade das partes de concluir a negociação. O inquérito e a conciliação têm seu interesse nesta constatação. Como toda forma de solução diplomática, **somente é coercitiva em caso de estipulação convencional expressa**.

O **inquérito** é um simples procedimento de estabelecimento dos fatos pertinentes ao litígio. Por acordo, as partes criam uma comissão de investigação encarregada de identificar a materialidade dos fatos, e, se for o caso, propor uma solução.

Apesar de mais frequente na primeira metade do século XX, o inquérito no caso *Letelier and Moffit*, envolvendo os Estados Unidos e o Chile após a explosão do automóvel do ex-ministro das relações exteriores do Chile em Washington D.C., é exemplo recente. Com base no Tratado Bryan-Suarez Mujica de 1914, os dois Estados constituíram uma comissão de inquérito, chegando a um relatório apenas em 1992, indicando a responsabilidade chilena no caso, e indicando indenização de US\$ 2.500.000,00 aos Estados Unidos.

No que concerne à **conciliação**, o Instituto de Direito Internacional o define com primazia:

“Entende-se por conciliação um modo de solução de controvérsias de qualquer natureza na qual uma comissão constituída pelas Partes, seja a título permanente, seja na ocorrência de um litígio, procede a um exame imparcial da disputa e se esforça para definir os termos de um acordo suscetível de ser aceito por estas, ou de concorrer com as Partes na sua solução.”

⁷ *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Recueil CIJ 1960. *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, Recueil CIJ 1994.

Trata-se de modo que deixa intocadas a liberdade e a soberania das partes, pois estas não estão obrigadas a aceitar as propostas da comissão, salvo, claro, se previsto em tratado. Como exemplo, temos o processo de conciliação prevista no art. 284 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, ou a conciliação prevista pela Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969.

8.3 Meios coercitivos de solução de conflitos

A autoproteção é o instituto que tem por finalidade a prevenção ou a sanção de atos contra a soberania dos Estados. Se a autoproteção é ligada à soberania, estes dispõem, então, de certa liberdade para escolher os meios a aplicar para se proteger no campo de seu domínio reservado. Interessa saber então se os Estados podem se proteger, respeitando o direito internacional, e de que forma. O Prof. Anzilotti escreveu em seu *Curso de Direito Internacional* que “a liberdade que possuem os Estados de poder por eles mesmos a sua conservação, mesmo entendida como a negação de limitações jurídicas, é, pois, uma liberdade jurídica, reflexo do direito”.

A **autoproteção** é a própria essência da soberania dos Estados. O Estado busca, evidentemente, proteger seus interesses vitais, que podem representar tanto seu território, seus bens, como seus nacionais. Defender seus interesses vitais é, antes de tudo, defender sua soberania. A autoproteção é um **ato unilateral** realizado por um Estado, que tem como consequência levar a sua responsabilização em caso de prática de ato ilícito.

A vontade de um Estado de solucionar a controvérsia pode se encontrar em oposição com as exigências do respeito ao direito internacional público. Existe, assim, de um lado o unilateralismo de um Estado e, do outro, o multilateralismo que deveria representar o direito internacional. Na sociedade internacional, os sujeitos, iguais e soberanos, tendem a se considerar os únicos juízes de sua situação jurídica frente aos outros Estados, e ver o direito internacional, implicitamente, como um direito subjetivo do Estado de agir para a defesa de seus interesses, e isso desde as origens do direito internacional. Entretanto, se é verdade que até 1945 a liberdade dos Estados era quase total, com a Carta das Nações Unidas as **medidas coercitivas** são melhor definidas e mais limitadas a quatro formas: a legítima defesa, as contramedidas, as medidas de retorsão e o estado de necessidade.

As **contramedidas** representam uma das formas possíveis da autoproteção. Sicilianos apresenta a seguinte definição:

“Medida, em si mesma derogatória ao direito, que constitui uma reação descentralizada a um fato internacionalmente ilícito e, assim, uma conse-

quência deste e que reveste finalidades coercitivas – obtenção de uma reparação, dissuasão, cessação do ilícito, submissão da disputa a um terceiro imparcial – ou corretivas – reequilíbrio das posições das partes, substituição ao Estado derrotado – segundo a natureza intrínseca do fato ilícito ao qual ela responde.”

Se em um primeiro tempo, principalmente durante os anos 60 a 70, as contramedidas foram, por alguns, consideradas ilícitas, hoje, parece que elas são não somente autorizadas, mas também **definidas juridicamente**. No curso dos anos 60, numerosos Estados advindos da descolonização aumentaram os efetivos das Nações Unidas. As grandes potências econômicas mundiais, então majoritárias na Assembleia Geral quando da assinatura da Carta das Nações Unidas, tornaram-se minoria. A consequência dessa situação será a adoção, pela Assembleia Geral, de numerosas resoluções⁸ condenando qualquer ingerência sobre outros Estados, desejando-se a independência efetiva dos países descolonizados. Todas essas Resoluções enunciam a **proibição do uso de medidas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza** que possam coagir um Estado a lhe subordinar o exercício de seus direitos soberanos.

A **jurisprudência posteriormente legitimou as contramedidas**, ou melhor, as legalizou, até serem absorvidas pelo projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade do Estado. A sentença arbitral do caso concernente ao acordo relativo aos serviços aéreos em 1978 indicou que o Estado “tem o direito, sob a reserva das regras gerais do direito internacional relativas às coerções armadas de fazer respeitar seu direito por contramedidas”,⁹ sendo que a legitimidade de um recurso a medidas desse tipo já era aceita desde 1928, na sentença arbitral dos casos Naulilaa e Cysne.¹⁰

A Corte Internacional de Justiça segue na mesma esteira no caso Gabcikovo-Nagymaros, e indicando que o uso dessas contramedidas era condicionado “para poder ser justificada, a satisfazer a certas condições”.¹¹ Assim, se o Estado dispõe de uma **grande liberdade de apreciação** para aplicá-las, ela deve ser “tomada para responder a um fato internacionalmente ilícito de outro Estado e deve ser dirigida contra este”; proporcional, e, ainda, provisória e reversível, já que esta “deve

⁸ *Exempli gratia*, A/RES 2131 (XX), A/RES 2625 (XXV), A/RES 3171 (XXVIII) A/RES 3281 (XXIX).

⁹ *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946* (Etats-Unis c. France), Recueil des sentences arbitrales 1978, vol. XVIII.

¹⁰ Naulilaa (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*), Recueil des sentences arbitrales 1928, vol. II, 3 e); Cysne (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*) 1930, Recueil des sentences arbitrales, vol. II.

¹¹ *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil CIJ 1997, Arrêt du 25 septembre 1997.

ter por finalidade incitar o Estado autor do fato ilícito a executar as obrigações que lhe incumbem em direito internacional, e que a medida deve ser reversível”.

Enfim, o projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade do Estado consagrou as licitudes dessa forma coercitiva de solução de controvérsias, em seu art. 22. Seu Capítulo II da terceira parte trata das **condições e limites** aplicáveis ao recurso a contramedidas por Estado lesado. Trocando em miúdos, estabelece seu regime jurídico.

As medidas de **retorsão** são, igualmente, formas de autoproteção. Porém, contrariamente às contramedidas, elas não colocam problemas quanto a sua aplicação. Elas constituem medidas, certamente não amigáveis, mas mesmo assim lícitas perante o direito internacional. As medidas de retorsão clássicas, e assaz empregadas nas relações internacionais dos Estados, consistem na **ruptura ou suspensão das relações diplomáticas**, realizadas pelo fechamento de embaixadas e representações consulares no território do Estado em questão, ou, ainda, pedido de vistos para os nacionais do Estado visado. No campo econômico, o mecanismo de retorsão mais lembrado é o do embargo, e cabe citar o vetusto embargo estadunidense a Cuba. Nesta modalidade, há constrição da entrada e/ou saída de mercadorias, determinadas ou não, do território dos Estados em litígio.

8.4 Meios jurisdicionais

A igualdade soberana dos Estados no sistema descentralizado e individual que é aquele da sociedade internacional tem por corolário a competência dos Estados para interpretar e aplicar eles próprios o direito, e o **consentimento dos Estados** é base de qualquer recurso jurisdicional. Ainda, é possível ver uma verdadeira transferência de competência quando os Estados escolhem submeter a 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.

8.4.1 Diferenças entre o árbitro internacional e o juiz internacional

O modo jurisdicional, que abrange as modalidades judiciais e arbitrais, reúne os elementos fundamentais da função jurisdicional: uma decisão fundada no direito, sobre considerações jurídicas, 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 arts. 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 quanto aos laudos emitidos pelos tribunais arbitrais. A **autoridade das sentenças arbitrais** é baseada na vontade das partes, conforme determinou o tribunal do caso *Trail Smelter*.¹²

O recurso a um modo de solução jurisdicional de controvérsias repousa sobre uma **decisão voluntária** da parte dos Estados. Parece-nos normal que a função jurisdicional internacional seja o reflexo da sociedade da qual ela é levada a dirimir os litígios, e assim entendemos melhor por que ela é forçosamente baseada no consenso de seus atores. Esse atributo caráter facultativo foi colocado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, que assim estatuiu:

“Nenhum Estado poderia ser obrigado a submeter suas controvérsias com outros Estados seja à mediação, seja à arbitragem, enfim, a não importa qual procedimento de solução pacífica, sem seu consentimento.”¹³

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 Corte Permanente de Justiça Internacional quanto a Corte Internacional de Justiça¹⁴ 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. Ademais, podemos concluir que recorrendo à solução jurisdicional, os Estados nem concedem nem renunciam a nada. Os Estados não consentem à competência da Corte, eles a **conferem competência**. O princípio da jurisdição não pode ser visto como um sacrifício estatal, mas sim a expressão positiva de uma escolha soberana.

Apesar de fazerem parte de um tronco comum de solução jurisdicional, os modos judicial e arbitral se diferenciam profundamente. Tradicionalmente, a solução arbitral se caracteriza pela **atribuição de poder a um órgão instituído e composto pelas próprias partes do litígio**, para conhecer de um caso surgido de circunstâncias anteriores mesmo à criação do tribunal. Quanto ao modo judiciário,

¹² *Trail Smelter case award*, R.S.A., vol. III, p. 1950.

¹³ *Statut de la Carélie orientale*, Rec. CPJI, Série B, nº 5, p. 27.

¹⁴ *Usine de Chorzow*, Recueil. CPJI, Série A, nº 17; *Or monétaire pris à Rome en 1943*, Recueil CLJ 1954; *Ambatielos*, Recueil CLJ 1953; *Timor oriental*, Recueil CLJ 1995, Arrêt du 30 juin 1995.

ele se distingue essencialmente por confiar a controvérsia a um órgão permanente, cuja instituição, composição e regras processuais serão prévias ao surgimento do conflito. Aliás, essas diferenças, que podem parecer benignas, permitem apontar vantagens e inconvenientes de cada método de resolução de controvérsias.

Constata-se que a arbitragem deixa **maior liberdade aos Estados**, que se exprime em vários aspectos. Primeiramente, a composição do tribunal, desde o seu número de membros, é de livre escolha das partes. Em segundo lugar, a solução arbitral permite escolha das regras jurídicas aplicáveis, tanto no que concerne ao direito material, quanto às normas processuais. Diferentemente da solução judicial, *i. e.*, da Corte Internacional de Justiça, na qual o art. 38 de seu Estatuto precisa as fontes de direito que serão utilizadas pelos juízes, somente os Estados-parte podem definir as regras que servirão de base à decisão do tribunal.

Tal faculdade deixada aos Estados os permite editar um verdadeiro Código, que os árbitros deverão respeitar: ***extra compromissum arbiter nihil facere potest***. Nos casos *Alabama e Trail Smelter*, as partes delimitaram o direito aplicável no compromisso, deixando o direito internacional em vigor na época como regra subsidiária. Ademais, pode-se constatar que os Estados podem demandar aos árbitros uma solução *ex aequo et bono*, o que é possível perante a Corte Internacional de Justiça, o que nunca foi, entretanto, utilizado em razão de pequena flexibilidade. Na prática arbitral, há casos em que os litigantes outorgaram aos árbitros poder de julgar em equidade, como o fizeram Bolívia e Peru no caso de suas questões fronteiriças. No que concerne à solução judicial, os Estados perdem sua margem de liberdade e se veem obrigados a seguir os **procedimentos pre-estabelecidos** no Capítulo 3 do Estatuto e no Regimento da Corte Internacional de Justiça, por exemplo.

Outra diferença consiste na possibilidade de segredo da sentença arbitral. Com efeito, os Estados podem escolher dar ou não **publicidade ao laudo**, e mesmo se não o fazem, seu acesso é mais difícil que os julgamentos de uma Corte. Vê-se que o recurso à arbitragem é mais discreto que o recurso judicial, pois desde a demanda de abertura do contencioso, todos seus atos são objeto de publicação.

Enfim, deve-se salientar que o recurso judicial se serve mais dos precedentes de sua **jurisprudência**. Como é uma jurisdição permanente, a Corte Internacional de Justiça foi levada a desenvolver jurisprudência coerente ao passar dos anos, havendo mais liberdade dos árbitros à inovação, e a flexibilização do consentimento às arbitragens do ICSID é exemplo importante.

Na realidade, mais importante que os fatores *supradescritos*, o mais determinante, que leva efetivamente os Estados a optar por um órgão arbitral ou judicial, se encontra na **composição do tribunal**. Um Estado se mostrará sempre reticente à solução judicial se estiver convicto de que os componentes da Corte são contrários às suas posições no litígio. No recurso arbitral, a escolha dos homens deve ser

refletida minuciosamente. Assim, a designação dos árbitros é objeto de tratativas delicadas entre os Estados. Vários modos de indicação são possíveis, mas, geralmente, o tribunal arbitral se compõe de três ou cinco membros, parte indicada por um Estado, parte por outro, fora o árbitro neutro. A questão da composição da Corte Internacional de Justiça é menos problemática, mas merece ser lembrada. Esta é órgão permanente pré-constituído e, em virtude do universalismo previsto no art. 9º do Estatuto, representa as grandes formas de civilização e os principais sistemas jurídicos.

8.4.2 Formas de expressão do consentimento à solução jurisdicional

Tanto o consentimento à solução arbitral quanto o consentimento à jurisdição de um tribunal judiciário pode se realizar quando o litígio já existe, ou quando este aparecerá ulteriormente. Os Estados podem utilizar uma **técnica convencional**, a mais frequente, ou uma **técnica unilateral**. A primeira consiste na conclusão entre os Estados 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 pre-estabelecidas. Ademais, o Estado pode ainda acionar a Alta Jurisdição pela via de uma demanda unilateral, seguido por uma aceitação não equívoca da outra parte, que foi designada sob o termo de ***forum prorogatum***.

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 visando um ou mais litígios já existentes e determinados e aqueles que preveem o recurso à Corte Internacional de Justiça para litígios ulteriores. No que concerne ao primeiro tipo de recurso, decidido caso a caso, ele ocorre por meio de um **compromisso**, e os princípios do direito dos tratados a ele se aplicam. 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. Quanto a essa hipótese, fala-se em **arbitragem obrigatória**, mesmo se é normalmente necessário concluir posteriormente um compromisso a fim de precisar o objeto da demanda e o processo.

Mais interessante é a técnica da **declaração unilateral de aceitação da competência** da Corte Internacional de Justiça. O art. 36, § 2º, do Estatuto da Corte, oferece uma opção aos Estados que podem aceitar a competência obrigatória da Corte de forma antecipada, que também se encontra no sistema de proteção dos direitos humanos na Corte Europeia e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A declaração facultativa de jurisdição obrigatória é, pois, um ato unilateral do Estado desejoso de conferir a competência de dirimir um litígio à Corte Inter-

nacional de Justiça, que não necessita de nenhuma forma particular, salvo que ela deve ser depositada junto ao secretário-geral da ONU, em conformidade ao § 4º.

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. 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. Tal fato foi observado pela Corte Internacional de Justiça há 20 anos, estimando que as declarações facultativas de jurisdição obrigatória do art. 36, § 2º “são compromissos facultativos, de caráter unilateral, que os Estados têm toda liberdade de subscrever ou de não subscrever”.¹⁵

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. 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 maneira geral, pode-se constatar que os Estados são assaz reticentes a se comprometer antecipadamente, já que o consentimento é dado às cegas, os Estados ignorando o objeto das controvérsias a surgir e a identidade do hipotético Estado demandante. **A decisão dos Estados depende assim do ténue equilíbrio** entre o risco de ser atraído como réu e a vantagem de peticionar unilateralmente a jurisdição.

Constata-se que poucos Estados aceitam a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Todavia, pode-se revelar um relativo sucesso do sistema em um plano bilateral ou regional, como nos mostra o exemplo europeu dos tratados criando a Comunidade Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que pode se explicar por uma integração mais aprofundada dos Estados que desenvolvem relações confiantes de amizade 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 prefere permanecer pleno **mestre de seu destino**.

¹⁵ **Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Compétence et recevabilité)**, Recueil CIJ 1984.

8.5 A guerra

Todo Estado possui um **direito fundamental à sobrevivência**.¹⁶ Tal princípio, afirmado pela Corte Internacional de Justiça no parecer sobre a *Licitude do uso de armas nucleares*, de 1996, acha seu fundamento, inclusive, em uma compreensão extensiva do art. 51 da Carta. Fora de qualquer controvérsia doutrinal sobre a natureza desse direito, é inegável que o Estado, único titular da soberania, tem um papel essencial na qualificação de tal situação de perigo a sua sobrevivência, que poderia o conduzir à guerra.

Os tratados de Westphalia, considerados como a base da evolução do direito internacional contemporâneo, reconhecem pela primeira vez a **soberania e a igualdade dos Estados** como princípios fundamentais das relações internacionais. Emerge dessa nova ordem interestatal um princípio que se impõe nas relações internacionais: o **princípio de equilíbrio**. Ele consiste, simplificando ao extremo, em autorizar todo Estado que julgue que outro Estado se tornou assaz poderoso a atacá-lo, e isso mesmo preventivamente. Em nome desse princípio de equilíbrio, toda guerra ou intervenção é, pois, justificada. O direito à autoproteção é pleno e se baseia na soberania dos Estados e sua apreciação pessoal do que é lícito ou não.

Teólogos como Francisco de Vitória ou Francisco Suarez [1548-1617] vão certamente falar de guerra justa ou injusta, mas essa noção permanece vaga e a liberdade dos Estados continua plena. Portanto, Vitória, invocando a autoridade de Santo Agostinho, escreveu:

“Chamam-se comumente justas as guerras que têm por finalidade a punição de uma injustiça, quando se trata, por exemplo, de castigar uma nação ou uma cidade que não quis punir uma falta cometida por um dos seus ou restituir o que foi tomado injustamente.”

Mais tarde, outros internacionalistas vieram confirmar esse direito do Estado a se proteger. Vattel indicou que a “defesa de si próprio contra uma injusta violência não é somente um direito, mas um dever para uma nação e um de seus **deveres mais sagrados**”. Um século depois, a doutrina indicou que não há nada de tão extraordinário que os diferentes Estados busquem eles mesmos o direito nas controvérsias que ocorrerem entre eles.

Opera-se aqui distinção fundamental: há o chamado *jus in bello* – o direito no caso de guerra, relativos à sua boa conduta, apelidado de direito de Genebra

¹⁶ **Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires**, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil CIJ 1996. *In verbis* “La cour ne saurait [...] perdre de vue le droit fondamental qu'à tout État à la survie et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause.”

– e o *jus ad bellum* – o direito de fazer a guerra, isto é, quais condições permitem um Estado partir para um conflito armado. Para ser justa, a guerra deve sê-la em seus fins (as *casus belli*, *jus ad bellum*) e meios (*jus in bello*). Os critérios devem ser conjugados.

No que concerne ao *jus ad bellum*, os princípios seguintes devem ser respeitados: a **Justa Causa**, a causa da guerra deve ser justa. Notadamente, a principal razão para ir à guerra é de pôr fim à injustiça, especialmente a uma agressão injusta; a **autoridade competente**, a utilização da força só é justa quando advém de autoridade governamental competente, agindo no interesse público. A guerra não é da alçada de entidades privadas; em seguida, o **último recurso**, pelo qual os meios pacíficos devem ser esgotados antes de recorrer à guerra, mostrando-se ineficazes ou impraticáveis; ter **objetivos limitados**, já que os objetivos da guerra devem ser limitados e proporcionais com finalidade de chegar à paz. Não se causa mal mais grave que o mal a eliminar; haver **probabilidade de sucesso**, pois o uso da força é pautado na razoável chance de sucesso. Não se admite guerra em vão; além da **intenção justa**, uma vez que se deve promover o bem ou evitar o mal. A guerra não deve ser feita para fins pessoais, mas em vistas ao bem comum.

Para que uma guerra seja considerada moralmente conduzida, dois outros princípios devem ser respeitados: o da **discriminação**, pelo qual a guerra deve distinguir os combatentes dos civis, que devem ser poupados. Repudia-se qualquer ataque direto a alvos civis, bem como o da **proporcionalidade**, segundo o qual os meios utilizados para a vitória devem ser proporcionais aos objetivos. A destruição sem limites é inaceitável.

Não obstante, o que era uma usual ferramenta nas relações internacionais interestatais tem sua aplicação limitada na sociedade internacional contemporânea. Uma **primeira limitação** veio na convenção Drago-Porter,¹⁷ mas ela seria menor como sua intitulação oficial a deixa constatar: “Convenção sobre a limitação do emprego da força para recuperação de dívidas contratuais.” Também esse período é de total liberdade de apreciação dos Estados, mais do que um direito à autoproteção, um convite. O Pacto da Sociedade das Nações vai representar uma primeira verdadeira **limitação do direito de recorrer à guerra**. Os Estados nele aceitaram certas obrigações de não recorrer à guerra. Uma distinção aparece entre as guerras lícitas e ilícitas.

Em sequência, o pacto Briand-Kellogg vai consagrar a ilicitude da guerra. Todavia, é interessante notar que numerosos autores durante esse período não acreditavam em tal limitação à soberania dos Estados. Mesmo lamentando, grande parte dos autores admitia o recurso à força. Este seria justificado então por diversas noções, a guerra justa, o direito de conservação, o estado de necessida-

¹⁷ Segunda Convenção de Haia de 1907.

de, a intervenção, a autoproteção. Assim, em seu livro consagrado ao Pacto das Nações, Scelle reconhece que

“a ausência de sanção no direito internacional cria para todo governo uma necessidade e mesmo um dever de se colocar em estado de resistir à injustiça ou de repelir o agressor na necessidade de fazer valer, ele próprio, seus direitos inobservados”.

Os Estados haviam criado um direito que punha os princípios de uma sociedade internacional pacífica, mas eles não haviam criado nada para fazer aplicá-lo. As relações internacionais eram sempre ditadas pela soberania dos Estados. **O progresso era somente imaginado e não realizado.**

A **Carta da ONU proibiu o emprego da força** em seu art. 2º, § 4º, admitindo, contudo, uma exceção pela legítima defesa, no art. 51. Ela igualmente enuncia em seu art. 2º, § 3º, que

“os Membros da Organização resolvem suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de tal maneira que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam colocadas em risco”.

Pode se constatar que **as características fundamentais da sociedade internacional pouco mudaram desde 1648**, e a ausência de autoridade superior e a igualdade desses membros, todos sendo soberanos sobre seus povos e seus territórios, são duas características ainda atuais. Aliás, pode-se constatar a existência de uma prática contínua e unilateral da autoproteção pelos Estados baseada no reconhecimento de uma qualidade subjetiva para agir em certas condições, de 1648 aos nossos dias. Contudo, depois da Carta das Nações Unidas, essa faculdade foi limitada. Agora é **autorizado aos Estados se proteger**, porém por intermédio de medidas bem definidas e restritas, classificáveis em duas categorias, primeiramente as **medidas de autoproteção ex post**, isto é, em reação a um atentado ilícito por um ou vários Estados e, em segundo lugar, as **medidas de autoproteção ex ante**, isto é, em prevenção a um atentado ilícito ou aos interesses vitais de um Estado.

As medidas *ex post* reagrupam a legítima defesa, as contramedidas, e as medidas de retorsão. As medidas *ex ante* reagrupam um conjunto de medidas disparates, indo da adoção de uma legislação interna à assinatura de convenções internacionais lhe permitindo agir em prevenção. Elas representam respectivamente hoje, para uns, uma prática inerente à soberania do Estado, mas na medida em que elas não se oponham as obrigações internacionais e, para outros, um corpo de regras bem definidas, mas que tratam de um domínio muito limitado.

A **legítima defesa** é a forma melhor definida. Seu regime jurídico é ao mesmo tempo determinado pelo art. 51 da Carta das Nações Unidas e completado

pelo costume internacional. A jurisprudência teve, aliás, a ocasião de recordar o conteúdo da regra costumeira. O art. 51 enuncia:

“Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas [...]”

Duas características da legítima defesa são dadas nessa definição. Primeiramente, no sistema da legítima defesa, **o recurso à força é autorizado**. Ainda, somente pode ser aplicado na condição que um Estado seja “objeto de uma agressão armada”. Sem definição na Carta da ONU, procuramos a Resolução 3.314, adotada pela Assembleia Geral, em 14 de dezembro de 1974, que nos apresenta uma definição, mas esta continua muito vaga e, ainda, podemos questionar o valor que se deve lhe dar. Enfim, o art. 51 faz referência ao **direito natural de legítima defesa**.

Já o **direito costumeiro**, explicitado pela jurisprudência, nos permite afinar mais detalhadamente esse conceito, porém sem defini-lo completamente. A definição clássica aparece pela primeira vez na sentença arbitral do caso *Caroline* em 1837:

“O exercício do direito inerente de legítima defesa depende de um delito anterior, um ato ilegal que apresenta um imediato, grande perigo, a um direito essencial ou real de um Estado. Quando essas condições estão presentes, os meios usados devem ser proporcionais à gravidade da ameaça ou do perigo.”¹⁸

A Corte teve a ocasião, em sua decisão sobre o mérito de 27 de junho de 1986, no caso *Nicarágua*,¹⁹ de aplicá-lo a legítima defesa individual e coletiva nas relações internacionais. Recentemente, ela novamente precisou esse conceito no caso das plataformas petrolíferas, mas sem acrescentar finalmente mais detalhes.²⁰ Vê-se que a legítima defesa é um conceito preciso que sofre de várias lacunas quanto à sua definição. E são essas lacunas que os Estados buscam explorar para justificar certas ações suas.

¹⁸ *Digest of US Practice in International Law*, 1975.

¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua contre Etats-Unis*, Recueil CIJ 1986, § 194, p. 103.

²⁰ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil CIJ 2003. E não podemos nos esquecer do conturbado parecer no caso da *Liceité de La menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Recueil CIJ 1996.