

A SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS

6.1 As controvérsias internacionais na atualidade

O direito internacional clássico possuía, quase exclusivamente, normas de conduta, que previam direitos e obrigações. A ausência de órgãos centralizados para julgar os conflitos, mediante a aplicação de normas preexistentes, levou alguns autores a recusar caráter jurídico ao direito internacional, porque o equiparavam à moral internacional, sem capacidade de vincular o comportamento externo dos Estados.

O direito internacional, composto por normas primárias, forma um sistema simples, similar ao ordenamento jurídico das sociedades primitivas. Segundo Hart, os sistemas jurídicos primitivos apresentam três grandes debilidades: incerteza, ineficácia e estaticidade.¹ A incerteza surge quando se constata a falta de critérios que identifiquem a pertinência da norma ao seu ordenamento jurídico; a ineficácia ocorre quando não há normas que instituem autoridades competentes para julgar os conflitos e sancionar os comportamentos desviantes; e a estaticidade é o produto da inexistência de normas de mudança, que tornem possível a adaptação do direito vigente às transformações da sociedade.

As Convenções de Haia de 1899 e 1907, que regulamentaram a solução de litígios entre os Estados em vários dispositivos, iniciaram nova fase do direito internacional, marcada pela crescente institucionalização dos procedimentos de resolução de disputas. A criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, no começo dos anos 20, foi um passo significativo nessa direção. O interesse pelos meios pacíficos de solução de controvérsias redobrou após a Segunda Guerra Mundial. A maior sofisticação das formas diplomáticas de composição dos conflitos verificou-se, concomitantemente ao aperfeiçoamento da arbitragem e à proliferação das cortes judiciárias, em escala regional e universal. Essa atividade se insere no amplo processo de normatização da política mundial que teve curso nas últimas décadas. A expansão das regras de julgamento constitui apenas uma das facetas desse processo, que contou ainda com o notável alargamento do campo regulatório do direito internacional.

A evolução dos meios de solução de controvérsias no direito internacional do segundo pós-guerra exhibe cinco características principais: a jurisdicionalização, a universalização, a regionalização, a diferenciação e a heterogeneidade. A jurisdicionalização designa o formidável

¹ HART, Herbert. O direito como união de regras primárias e secundárias. In: ——. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2001. Cap. 5, p. 89-109.

aumento das normas secundárias que instituem autoridades competentes para julgar os conflitos e aplicar o direito ao caso concreto. Esse fenômeno assinala a transição de um sistema simples, análogo à ordem jurídica primitiva, a um sistema complexo,² constituído, na linguagem de Hart, pelas normas primárias e pelas normas secundárias. Os sistemas complexos contêm as normas de mudança, que viabilizam a auto-reprodução do sistema normativo, e as normas de julgamento necessárias para impedir que a desobediência sistemática acarrete a ineficácia das normas primárias. A tendência de universalização da jurisdição surge com a competência recebida por certos tribunais para julgar controvérsias, que não se confinam a uma área geográfica do globo.

Paralelamente, houve no nível regional grande desenvolvimento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias com a constituição de cortes judiciais permanentes, ou, de forma trivial, com a previsão do recurso à arbitragem para resolver os conflitos decorrentes da integração econômica. Convém acrescentar ainda, aos traços já enumerados, as notas da diferenciação e da heterogeneidade. A primeira concerne à necessidade de se criarem formas particulares de solução de controvérsias em áreas específicas do direito internacional, enquanto a segunda designa a diversidade dos modos de resolução de disputas que hoje existem, bem como os vários graus de institucionalização que exibem.

Os meios de solução de controvérsias conheceram, no curso do século XX, transformação profunda, dramaticamente intensificada pela aceleração da interdependência. O tradicional receio que os Estados tinham de se vincular a instâncias jurisdicionais arrefeceu com o aparecimento de número ponderável de cortes e tribunais dotados de jurisdição compulsória. As limitações derivadas do exercício da soberania e o postulado de que não existe obrigação internacional sem consentimento do Estado inviabilizaram a repetição, nas relações internacionais, das condições que originaram a jurisdição na ordem doméstica. A superação parcial desses obstáculos fertilizou o terreno para que frutificassem as iniciativas dirigidas a elevar o grau de eficácia do direito internacional. Concomitantemente, avançou a institucionalização dos meios de solução de controvérsias: procedimentos permanentes tendem a conviver e mesmo a substituir os procedimentos *ad hoc*. Cresceu, conseqüentemente, a aceitação de que temas relativos ao interesse vital dos Estados sejam submetidos à apreciação das cortes dotadas de jurisdição compulsória.

Tais mudanças se explicam, ao menos em parte, pelos seguintes fatores: (1) o aumento da densidade, do volume e da complexidade das normas internacionais requer instituições sofisticadas de solução de controvérsias para garantir o cumprimento dos novos tratados, bem como a elucidação do teor das suas disposições; (2) o maior empenho em relação à regra jurídica internacional em detrimento da diplomacia orientada pelo poder (*power oriented*); (3) o alívio das tensões internacionais que, no passado, tolheram o progresso dos procedimentos de adjudicação; (4) a experiência positiva de alguns tribunais, ilustrada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, motivou a criação de instituições similares; e (5) a inadequação da CIJ e outros tribunais preexistentes para tratar de vários tipos de disputa, particularmente aquelas que envolvem problemas que demandam grande especialização ou que serão mais bem resolvidas no plano regional.³ É digna de nota,

² BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Ed. Debate, 1990. p. 321.

³ SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2003. p. 3-4.

também, a possibilidade que se oferece, em várias hipóteses, de ativação unilateral dos órgãos jurisdicionais, por parte do Estado ou dos atores não estatais, fato que lembra o funcionamento de instrumentos similares do direito interno.

6.2 A noção de controvérsia internacional

Cumprido distinguir, antes de mais nada, entre tensão política e controvérsia internacional a fim de precisar o objeto da investigação que se irá empreender. Charles de Visscher, em obra clássica, analisou os traços essenciais e os principais tipos de tensão presentes nas relações internacionais. A tensão política é um antagonismo que não tem objeto circunscrito ou claramente definido. Exprime-se, em geral, em pretensões difusas, de cunho passional, não suscetíveis a critérios racionais, o que a torna refratária à solução pacífica.⁴

O jurista encara a tensão como objeto de um litígio na esperança irrealizada de despolitizar um conflito, que é, em si mesmo, essencialmente político. O direito penetra essa esfera excepcionalmente, ao supor a existência de fatos classificáveis em categorias conhecidas que levam a um julgamento objetivo de valor necessário para a aplicação das normas jurídicas.

Visscher aponta as diferenças entre as tensões de equilíbrio e as tensões de hegemonia. No primeiro caso, de que é exemplo o concerto europeu do século XIX, há relativo equilíbrio nas relações de força, o que facilita e suaviza os ajustamentos.⁵ Já as tensões de hegemonia se caracterizam pela dominação, pela ubiquidade, pela diversidade dos motivos e meios de ação, pela tendência de se organizarem e se consolidarem segundo estratégias próprias. Aceleram o esforço militar de buscar novas bases, aliados e matérias-primas, mas radicam, ideologicamente, na mobilização dos espíritos e na guerra psicológica.⁶

As tensões que se arrastam por períodos prolongados são deletérias para o direito: dificultam a formação de convenções multilaterais ao reduzirem o número dos participantes, multiplicam as reservas incompatíveis com o objeto da avença e afetam negativamente os fluxos comerciais. As tensões de hegemonia podem acarretar a diminuição do peso do nacionalismo e conduzir à passagem de um sistema de justaposição de soberanias a uma organização de molde confederal ou federal. A solução das controvérsias internacionais sofre as consequências das tensões políticas, que impedem o tratamento racional do conflito e a formulação das pretensões em termos jurídicos. O caráter fortemente passional das atitudes dos contendores é hostil à apresentação ordenada dos argumentos, requisito para o contraditório, sem o qual a solução pacífica não tem condições reais de ocorrer. A fuga da jurisdição internacional torna-se, então, um fato incontornável.⁷

A solução dos conflitos é considerada o objetivo mínimo⁸ do direito, entendido como ordem coativa ou como ordem que se serve do uso legítimo da força para realizar os seus fins. O direito realiza a função de dirimir os conflitos de duas maneiras: com uma ação preventiva e com uma

⁴ VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. Paris: A. Pedone, 1970. p. 95.

⁵ VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. op. cit., p. 98-99.

⁶ Ibid., p. 99-100.

⁷ VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. op. cit., p. 104-105.

⁸ BOBBIO, Norberto. Paz e direito (1983). In: BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 565.

ação sucessiva, ou seja, tentando impedir que surjam ou então pondo-lhes termo no caso de já terem surgido. Segundo Bobbio,⁹ pode-se falar corretamente de paz através do direito ou de estado jurídico de paz (e não de estado de paz em geral) quando houver, simultaneamente, regras sobre a instituição dos acordos e sobre as providências que deverão ser observadas caso os acordos não sejam cumpridos por um dos contraentes. É preciso, enfim, que existam regras sobre a validade, mas também sobre a eficácia dos acordos, já que, se a eficácia das promessas não estiver garantida, os acordos, ao invés de serem instrumentos de paz, se convertem com frequência em novas ocasiões de conflito ou de guerra.

A diferença entre o direito interno e o direito internacional, do ponto de vista institucional ou orgânico, reside no fato de que no primeiro existem órgãos encarregados da interpretação e aplicação das regras jurídicas. A ordem doméstica atribui ao juiz, na qualidade de órgão destinado a manter a integridade das regras, a função de decidir, de forma obrigatória e nos limites de sua competência, todos os litígios que lhe forem submetidos. No direito internacional, ao contrário, salvo casos especiais, não há autoridade ou instância superior aos Estados que solucione as disputas de maneira compulsória.

Importa salientar que o princípio “*kompetenz-kompetenz*”,¹⁰ desenvolvido no direito alemão e utilizado para designar a aptidão que a Suprema Corte Constitucional desfruta para determinar a competência que atua, bem como traçar os limites das atribuições das instâncias jurisdicionais inferiores, não pode ser pura e simplesmente transposto para as relações interestatais. A transposição desse princípio para o direito internacional teve o escopo de outorgar aos tribunais arbitrais e às cortes judiciárias a faculdade de resolver as disputas que envolvam a competência para resolver certo litígio. No âmbito externo, a autointerpretação, ordinariamente praticada pelos Estados, é acompanhada pela ausência de um tribunal dotado de competência obrigatória que assegure o cumprimento da decisão se vier a insinuar-se alguma resistência.

Os conflitos de interpretação, motivados pela tentativa feita pelos Estados de realização dos próprios interesses, é causa das controvérsias internacionais. Definir-lhe o sentido passou a ser alvo de interesse da jurisprudência e da doutrina, verdadeiro ponto de partida para precisar quais conflitos recaem no âmbito do direito internacional. Ao julgar o caso *Mavromatis*, a CPJI definiu a controvérsia internacional nos seguintes termos: “uma controvérsia é um desacordo sobre uma questão de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou interesses entre duas pessoas”.¹¹ Desde então, o trabalho da doutrina contribuiu para lapidar ainda mais esse conceito.¹²

⁹ Ibid., p. 566-567. Cf. DOBELLE, Jean François. Le règlement pacifique des différends. In: BRICHAMBAUT, Marc Perrin de; DOBELLE, Jean-François; HAUSSY, Marie-Reine d'. *Leçons de droit international public*. Paris: Dalloz; Presses de Sciences Po, 2002. Leçon 9, p. 215-245. Cf. KRATOCHWIL, Friedrich V. The discourse on grievances: Pufendorf and the ‘laws of nature’ as constitutive principles for the discursive settlements of disputes. In: ——. *Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 130-154.

¹⁰ ABI-SAAB, Georges. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 207, n.º 7, p. 221, 1987.

¹¹ Caso *Mavromatis*, p. 11.

¹² Análise com maior profundidade o tema objeto deste capítulo na obra *A solução de controvérsias na OMC*, em particular no Capítulo 2 denominado: Principais traços da solução de controvérsias no direito internacional e na OMC.

A controvérsia consiste em um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direito. Trata-se de desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou de uma situação. O desacordo surge quando um Estado, ao exercer a faculdade de autointerpretação, formula, implícita ou explicitamente, pretensão a respeito de um objeto (questão fática ou jurídica), capaz de afetar, segundo novas interpretações ou qualificações jurídicas possíveis, os interesses de outro Estado, que poderá reagir de diversos modos. Ele concordará, se houver interesse, com a interpretação ou qualificação realizada, hipótese em que nenhuma controvérsia se delineia. Mas se o Estado contestar a pretensão manifestada com apoio numa interpretação diferente da regra, a controvérsia será inevitável. A essa altura, as partes podem, mediante acordo, resolver o litígio ou decidir submetê-lo à apreciação de um terceiro jurídico, a quem incumbe aplicar o direito ao caso concreto.¹³

As controvérsias internacionais surgem, pois, em duas circunstâncias: quando há disputa sobre o significado de norma internacional existente ou quando a divergência na qualificação dos fatos venha a motivar a criação de uma nova regra.¹⁴ Na primeira hipótese, as partes discordam sobre o sentido da norma, que os litigantes não compartilham. Na segunda, não há regra prévia: a discrepância em torno da apreciação dos fatos exige a elaboração de norma para fazer cessar as pretensões antagônicas.

Apesar de revestir alguma utilidade, não é isenta de certo artificialismo a classificação das controvérsias em controvérsias jurídicas e controvérsias políticas: a política e o direito estão intimamente relacionados no plano internacional. Os Estados são, ao mesmo tempo, sujeitos e destinatários das normas jurídicas, não havendo separação rígida entre esses dois domínios. Os litígios exibem aspectos políticos e jurídicos, que não se dissociam com facilidade. É igualmente falsa a divisão entre controvérsias econômicas e controvérsias jurídicas. O êxito alcançado pelos mecanismos de composição de divergências econômicas deve-se sobretudo ao aprimoramento técnico, que permitiu a previsão de retaliações e a punição dos transgressores. O objeto da regulação, por si só, em nada contribuiu para lhes assegurar sucesso e eficácia.

É usual classificar as controvérsias internacionais de acordo com as partes que delas participam. As controvérsias de direito internacional público opõem dois ou mais Estados, um Estado a uma organização internacional ou duas organizações internacionais. Elas se resolvem tradicionalmente pela negociação diplomática ou pela via jurisdicional, por meio da arbitragem ou pelo recurso à Corte Internacional de Justiça. As controvérsias de direito internacional privado são protagonizadas por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, situadas em jurisdições diferentes.

¹³ CARREAU, Dominique. *Droit international*. op. cit., p. 293. Cf. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Gráf. Vagües, 1974. p. 99 et seq. Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. op. cit., p. 107 et seq. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Ed. UnB, 1981. p. 51-80. Cf. AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. London: G. Allen and Unwin, 1970. p. 51-53.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1, p. 163. Cf. SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. op. cit., 2001. p. 625-683. Cf. ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. op. cit., v. 5, p. 252-255. Cf. SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973. p. 627-630. Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. op. cit., p. 172-177. Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1999. p. 703. Cf. SHAW, Malcolm. op. cit., p. 629-632. Cf. CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. Napoli: Ed. Scientifica, 1997. p. 411-423. Cf. MATTOS, Adherbal Meira. op. cit., p. 449-455.

É comum a ocorrência de litígios que envolvem indivíduos ou empresas que se vinculam a jurisdições diversas. A arbitragem ou a proposição da demanda perante o Poder Judiciário de um dos Estados são os modos utilizados para resolver o litígio. A intervenção estatal na economia tornou frequente a celebração de contratos entre o Estado, por meio da administração direta ou indireta, e uma empresa estrangeira para a realização de obra pública considerada fundamental. Os conflitos que poderão advir da interpretação das cláusulas contratuais são em geral solucionados com o concurso de árbitros, cuja competência o contrato regula.¹⁵

O art. 1º da Carta da ONU incluiu a solução pacífica de controvérsias entre os propósitos da ONU. Nesse sentido, o art. 33.1 determinou que “as partes em uma controvérsia que possa vir a constituir ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão antes de tudo chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”.

As organizações internacionais, fenômeno marcante no curso do século XX, exerceram profundo impacto sobre os meios de solução de controvérsias. A diplomacia parlamentar ou por conferência beneficiou-se da redução do custo dos transportes, que facilitou a promoção de reuniões em pequenos intervalos de tempo. Ela desenvolveu-se no interior das organizações internacionais, inspirada nos procedimentos deliberativos dos Parlamentos domésticos. Estados que não mantêm relações diplomáticas ou que se encontram em conflito participam da dinâmica decisória, que atinge sem exceção todos os seus membros.¹⁶

Algumas organizações internacionais preferiram instituir procedimentos flexíveis para a resolução de conflitos, com reduzido grau de formalismo, privilegiando os canais diplomáticos em detrimento das formas jurisdicionais. Outras organizações dispõem de tribunais e ritos altamente formalizados, que se assemelham às instâncias judiciais nacionais. Certas cortes judiciárias são, na realidade, organizações internacionais com personalidade jurídica de direito internacional.

6.3 Os meios diplomáticos de solução de controvérsias

As negociações diplomáticas são o modo mais tradicional de prevenção e solução dos litígios internacionais. Cabe ao diplomata, na qualidade de negociador, perceber e identificar os interesses comuns que aproximam os governos e, a partir deles, construir o consenso. O diálogo aberto é necessário para afastar ambiguidades e eliminar desconfianças, fatores indispensáveis para a superação das desavenças.

O consentimento dos litigantes não é necessário para que uma controvérsia seja submetida à apreciação da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU. Este órgão, é imperativo recordar, tem a faculdade de apreciar uma controvérsia quando julgar conveniente, por solicitação de qualquer membro da ONU, da Assembleia Geral ou por iniciativa do Secretário Geral das Nações Unidas.

O costume internacional disciplina as negociações diplomáticas, que podem intervir em qualquer fase do processo de solução de controvérsias. É normal que a busca de entendimento, mediante negociações diretas, anteceda o uso de expedientes mais sofisticados para resolver

¹⁵ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de direito internacional público*. op. cit., p. 171-172.

¹⁶ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de direito internacional público*. op. cit., p. 178.

determinada pendência, mas nada impede que negociações paralelas se desenrolem após a instauração de outro meio de solução de litígios. A solicitação de consultas e o pedido de informações são atitudes corriqueiras em qualquer negociação.

Dois fatos importantes afetaram, no período recente, as negociações diplomáticas. Com o advento das organizações internacionais, as negociações coletivas ganharam indiscutível relevo, passando a contar com grande número de participantes. Os Estados se movem, para obter êxito, em configurações variáveis, sem alinhamentos fixos, conforme a diversidade dos interesses em causa. Os contatos bilaterais entre os soberanos para prevenir a eclosão de conflitos ou para pôr fim a guerras já decretadas foram, no passado, as únicas formas conhecidas de negociação. No cenário internacional do presente, as negociações bilaterais não desapareceram, mas tendem a ter papel menos relevante que aquele desempenhado pelas negociações coletivas no âmbito das organizações internacionais. Além disso, é digno de nota que alguns tratados pretenderam regular as negociações, estabelecendo prazos e prevendo as consequências jurídicas para o comportamento das partes. Determinado lapso temporal é fixado para que a parte contrária responda ao pedido de consultas, findo o qual o reclamante poderá requerer a instalação de um painel, como acontece na Organização Mundial do Comércio.

Quando as negociações ainda não se iniciaram ou por qualquer razão vieram a paralisar-se, a intervenção de terceiros, por meio dos bons ofícios, ajuda a aliviar as tensões, evitando que a relação entre os contendores se agrave a ponto de se converter em franca hostilidade. Prática antiga, referendada pela tradição, os bons ofícios de há muito se integraram ao direito internacional. Pertencem ao repertório de expedientes para aproximar os Estados, possibilitando condições propícias para que outras formas de solução de divergências sejam desencadeadas.

Os interessados na resolução de uma pendência, Estados, organizações internacionais ou indivíduos, notáveis pela sua reputação e prestígio, podem oferecer bons ofícios, que necessitam da aquiescência dos litigantes, sob pena de caracterizarem intromissão indevida nos assuntos de outros Estados. Os próprios contendores têm a faculdade de solicitar a terceiros a oferta de bons ofícios, que se resumem, às vezes, no empenho pessoal de um estadista ou do Secretário Geral da ONU, para engajar as partes em negociações diplomáticas. Em outros casos, é oferecido um local neutro para que as partes se reúnam, como aconteceu com a cidade de Paris, que sediou as negociações entre americanos e vietnamitas durante a guerra entre os EUA e o Vietnã do Norte nas décadas de 1960 e 1970.

A oferta de bons ofícios encontra-se entre as atribuições do Secretário Geral das Nações Unidas, que agirá por iniciativa própria no âmbito de sua competência, a pedido de algum órgão da ONU ou dos próprios contendores. São exemplos de bons ofícios oferecidos pelo Secretário Geral da ONU a crise dos mísseis em Cuba, em 1962, a guerra do Vietnã em 1965 e 1971, o conflito entre a Índia e o Paquistão em 1965 e 1971, a tensão entre o Camboja e a Tailândia em 1961 e 1968.

A mediação, diferentemente dos bons ofícios, é modalidade de intervenção de terceiros, em que as partes, de comum acordo, escolhem o mediador, cuja função é sugerir medidas para encerrar o conflito. A indicação do mediador pressupõe, antes de tudo, a concordância das partes; por isso mesmo, o mediador é capaz de propor soluções mutuamente aceitáveis. O papel do terceiro, nos bons ofícios, é criar um ambiente favorável para que as negociações caminhem. Na mediação, a interveniência do terceiro é mais profunda: o mediador, convencido do acerto da sua decisão, tenta influenciar as partes a aceitar a conduta proposta, mas não pode impor, pela

força, a via por ele escolhida. Vários documentos internacionais contemplaram a mediação, merecendo destaque, entre eles, o Tratado Interamericano sobre a Mediação e a Arbitragem de 1936, o Pacto de Bogotá de 1948 e o Protocolo sobre Comissões de Mediação, Conciliação e Arbitragem firmado em 1959 pelos países da Organização da Unidade Africana. A mediação foi empregada, na América Latina, pelos Ministros das Relações Exteriores da Costa Rica, Guatemala e Nicarágua no conflito entre El Salvador e Honduras, em 1969, antes do início das hostilidades e pelo jurista peruano Bustamante y Rivero, que ensejou a celebração do Tratado de Paz de 1980.

A controvérsia entre Estados origina-se, às vezes, em fatos não suficientemente esclarecidos. O exato dimensionamento do dano ambiental e a verificação das circunstâncias em que ocorreu o ataque e o conseqüente naufrágio de uma embarcação em alto-mar reclamam investigação atenta e minuciosa, que só os especialistas podem desenvolver. O inquérito é procedimento específico, levado a cabo por indivíduos com notória competência técnica, para elucidar fatos que irão ensejar o início de outros procedimentos, como a conciliação e a arbitragem. Trata-se de etapa preparatória que antecede procedimentos mais aperfeiçoados de solução de controvérsias. As comissões de inquérito são mais comuns que as investigações efetuadas por especialista único. Os seus integrantes são, normalmente, funcionários governamentais ou membros de organizações internacionais, não se lhes exigindo a imparcialidade.

As duas Conferências de Paz levadas a efeito em Haia, em 1899 e 1907, realçaram o significado do inquérito para a solução pacífica das disputas internacionais. A Assembleia Geral da ONU instituiu, em 1949, uma comissão de inquérito e conciliação para assistir os Estados e os órgãos das Nações Unidas na tarefa de resolver os litígios que protagonizam. Por ocasião da disputa fronteiriça entre a Costa Rica e a Nicarágua, entre 1977 e 1979, a OEA criou três Comissões *Ad Hoc* de Observadores e uma Comissão de Observadores Civis. No continente africano, um Comitê Consultivo da OUA atuou em 1967 e 1968, quando transcorreu a guerra civil nigeriana. O inquérito pode ser um meio autônomo de investigação ou integrar-se a outras formas de resolução de divergências entre os Estados.

O respeito a valores comuns, a busca da justiça e a consolidação da democracia deram ao inquérito, ultimamente, grande vigor. É o que sucedeu na esfera da OIT e dos órgãos internacionais de supervisão no campo dos direitos humanos. Desde os anos 70, Comissões da Verdade foram estabelecidas em alguns países para a apuração de graves violações aos direitos humanos e combater a impunidade, de 1974 a 1994. Tais Comissões exibiram as seguintes características: primeiro, agiram, em Estados distintos, como órgãos de investigação no contexto da transição para a democracia; segundo, examinaram fatos pretéritos, que não têm natureza isolada, mas se inserem em uma realidade de violação generalizada dos direitos humanos; terceiro, receberam poderes temporalmente limitados, que expiraram com a apresentação de um relatório final contendo o produto das investigações. Vale destacar a Comissão da Verdade para El Salvador, que proporcionou valiosos resultados e foi patrocinada pela Organização das Nações Unidas.

A conciliação revela sensível avanço em relação às formas anteriores de solução de litígios. Praticada no período entre guerras, a sua difusão foi mais intensa na segunda metade do século XX. Visa, essencialmente, esclarecer fatos e fazer recomendações, compreendendo, ao mesmo tempo, as características do inquérito e da mediação, revestidas de maior formalismo. O procedimento começa com a instituição da comissão de conciliadores, composta geralmente por três ou cinco pessoas. Cabe-lhe a missão de elaborar as regras que regem os trabalhos da comissão e que regulam a apresentação das provas e a fixação dos prazos para o cumprimento

das suas atividades. O relatório final avalia os fatos investigados e contém as recomendações que se pretende ver acolhidas.

A conciliação obrigatória, prevista pelo Anexo Único da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, constituiu-se em inovação relevante, repetida por diversos tratados posteriores. Previu-se procedimento automático, que passou a coexistir com a conciliação facultativa, empregada no direito internacional. O Estado, desejoso de instaurar a conciliação, notificará, por escrito, o seu intento à parte contrária, que dentro de 60 dias deverá indicar o conciliador ou os conciliadores a partir de uma lista mantida pelo Secretário Geral da ONU. Se a parte não indicar os conciliadores ou se estes não elegerem o presidente, o Secretário Geral da ONU o fará procedendo à escolha entre os nomes que compõem a lista sob sua guarda ou entre os integrantes da Comissão de Direito Internacional. Este procedimento foi aprimorado pelo Anexo V da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Citam-se, além dos tratados já mencionados, as seguintes convenções que previram a conciliação compulsória: A Convenção de Viena de 1986 entre Estados e Organizações Internacionais, a Convenção de Viena de 1975 sobre Representação dos Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal, a Convenção de Viena de 1978 sobre Sucessão de Estado a Respeito dos Tratados, a Convenção de Viena de 1983 sobre a Sucessão de Estado a Respeito dos Bens, Arquivos e Dívidas, a Convenção de Viena de 1985 sobre a Proteção da Camada de Ozônio, a Convenção Quadro de 1992 sobre Mudança do Clima e a Convenção de 1992 sobre Diversidade Biológica.

Interessa rememorar as iniciativas nos planos universal e regional para promover a solução pacífica dos litígios. A Declaração de 1988 sobre a Prevenção das Disputas e Situações que Podem Ameaçar a Paz Internacional e sobre o Papel das Nações Unidas neste Campo prestigiou o poder de investigação do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral e do Secretário-Geral da ONU para preservar a paz e estabilidade entre os Estados. A segunda reforma da Carta constitutiva da OEA buscou conceder à Organização os meios necessários para superar as debilidades que apresentava quando eclodiam conflitos entre as nações do continente. O Protocolo de Cartagena de 1985, que incorporou dita reforma, autorizou o recurso aos bons ofícios por parte do Conselho Permanente da OEA, sempre que não tiver sido utilizado outro procedimento previsto na Carta criadora da entidade. Decidiu-se, igualmente, substituir a Comissão Interamericana sobre a solução pacífica de disputas, regulada pela reforma de 1967, pela faculdade outorgada ao Conselho Permanente para estabelecer comissões *ad hoc* com o consentimento das partes. O Protocolo de Cartagena criou procedimentos mais flexíveis em relação aos que anteriormente existiam.

Parece existir interação e complementaridade entre os métodos pacíficos de solução de controvérsias.¹⁷ Este fato é perceptível, em nível regional, no contencioso entre a Argentina e o Chile sobre o Canal de Beagle, que deu lugar à negociação direta, à mediação e à arbitragem e à controvérsia entre a Argélia e o Marrocos, que propiciou a mediação por parte da Síria e da Etiópia e a criação de uma comissão de arbitragem. No caso das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua a CIJ reconheceu que a existência de negociação entre as partes não impede o exercício das funções reservadas ao Conselho de Segurança e à Corte de Haia. O mesmo entendimento predominou no caso da Delimitação da Fronteira Marítima entre Camarões e a Nigéria.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 533-540.

6.4 Os meios jurisdicionais de solução de controvérsias

Etimologicamente, a palavra *jurisdição* provém do latim *jus dicere* e indica a norma que o magistrado aplica para resolver a controvérsia entre as partes. O termo tem a mesma raiz que *judicium*, referindo-se tanto a quem profere a sentença quanto à própria sentença que põe fim ao litígio.¹⁸

A jurisdição reflete as estruturas sociais presentes em cada sociedade e só pode ser compreendida em relação a determinado contexto histórico. Nas sociedades primitivas, a jurisdição surge com o intuito de limitar o uso da força e promover a paz graças à intervenção de um terceiro, a quem incumbe dirimir os conflitos interindividuais que não foram resolvidos de modo consensual.¹⁹ Nessas sociedades, como demonstra a história dos povos germânicos, o mesmo órgão desempenhava as atividades legislativa e judiciária em completa indiferenciação funcional.²⁰ A passagem dos grupos familiares para as primeiras organizações políticas deixou o campo livre para a disseminação da justiça privada, entendida não apenas como atuação prática do direito, mas, sobretudo, como júzo privado acerca da “juridicidade”. A substituição da justiça privada pela experiência judiciária ocorreu de forma lenta e exigiu a eliminação de meios tradicionais de solução de conflitos.

Sedimentam-se, aos poucos, as vantagens associadas à decisão proferida por um terceiro imparcial: a objetividade, a igualdade entre as partes e a fundamentação em princípios e normas positivados.²¹ Com o advento do Estado Moderno e a consagração do sistema de divisão de poderes pelas Constituições elaboradas desde o final do século XVIII, a jurisdição ganhou autonomia em relação às demais funções estatais. A função jurisdicional autônoma procura não apenas limitar o uso da força e realizar a paz social, mas também solucionar os conflitos com fundamento na lei. A plena autonomia da função jurisdicional somente veio a ser conquistada com a afirmação e cristalização do Estado democrático. De atividade mediadora, que intervém apenas quando existe necessidade de dirimir conflitos específicos de interesse, a jurisdição converte-se em atividade de controle jurídico, que visa realizar a vontade da lei.²²

Essa gradual mudança da jurisdição é acompanhada pela crescente intervenção do Estado na vida social. A função jurisdicional destina-se a assegurar o cumprimento do direito objetivo, inclusive nas hipóteses em que o consenso predomina. O conteúdo da função jurisdicional é diferente conforme o método predominante de formulação do direito. A formulação para o caso singular e a formulação legal dão origem respectivamente à jurisdição de equidade e à jurisdição legal, que divergem no tocante ao momento da formulação do direito. Na jurisdição de equidade a formulação e aplicação do direito ocorrem no mesmo momento, ou seja, no instante em que o

¹⁸ LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. Giurisdizione (dir. rom.). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 19, p. 191; PASINI, E. U. Giurisdizione. In: *ENCICLOPEDIA giuridica italiana*. Milano: Soc. Ed. Libreria, 1914. v. 7, parte I, p. 993.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil – segundo el nuevo código*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. 1, p. 181.

²⁰ SEGNI, Antonio. Giurisdizione civile. In: AMELIO, Mariano d’; AZARA, Antonio (Org.). *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1938. v. 6, p. 388.

²¹ SEGNI, Antonio. Giurisdizione (in generale). op. cit., p. 986.

²² CALAMANDREI, Piero. op. cit., v. 1, p. 184.

conflito se caracteriza. Na jurisdição legal, ao contrário, o legislador elabora as leis antes de surgir o conflito, de tal sorte que cabe ao juiz aplicar o direito objetivo ao litígio que lhe é apresentado.²³

A função jurisdicional é uma manifestação da soberania do Estado e complemento necessário do Estado de direito. A finalidade essencial da jurisdição é garantir o cumprimento das leis que não tenham sido voluntariamente observadas pelos indivíduos. Para facilitar a distribuição da justiça, a função jurisdicional é exercida por uma pluralidade de órgãos próprios dos vários escalões do Poder Judiciário, que somente podem agir nos limites impostos pela lei. Nesse sentido, a competência é a medida da jurisdição exercida por cada órgão individualmente considerado ao delimitar em abstrato as controvérsias atribuídas a cada órgão judicial, determinando em quais casos poderão efetivamente atuar. A competência significa, assim, a fixação dos limites impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional e legitima o exercício do poder pelo órgão jurisdicional no litígio.

A essência da jurisdição, seja ela doméstica ou internacional, reside na presença de um terceiro imparcial e independente, cujas decisões se impõem às partes de forma obrigatória.

As normas de adjudicação, responsáveis por conferir a alguns indivíduos competência para a solução dos litígios, constituem, juntamente com as normas de mudança, critérios que identificam a passagem do direito das sociedades primitivas para os sistemas jurídicos complexos. Analogamente, na esfera das relações internacionais as normas de adjudicação simbolizam uma transformação profunda do direito internacional na medida em que se intenta combater o desgaste da regra pelo reiterado descumprimento.

Distante da hierarquia e da divisão de funções, típicas do Estado moderno, a jurisdição internacional exhibe características próprias a um ambiente hostil à centralização do poder. O primeiro aspecto relevante a observar concerne ao fato de que as decisões das instâncias jurisdicionais na esfera internacional são obrigatórias e possuem autoridade de coisa julgada nos termos do art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Não revestem, entretanto, caráter executório, já que o juiz ou árbitro internacional não dispõe de meios para constranger o Estado recalcitrante a executar a decisão exarada.

No afã de remediar esse inconveniente, o art. 94.2 da Carta da ONU enuncia que se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte Internacional de Justiça a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança, que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença. A experiência mostra que, mesmo em casos de flagrante inexecução, o Conselho de Segurança nada fez para reverter esse quadro e tornar a decisão integralmente respeitada.²⁴ Se, na ordem doméstica, a jurisdição se notabiliza pela ameaça ou pela imposição efetiva da força, na órbita internacional a jurisdição não se desfigura, ainda que a execução forçada se revele impossível ou indesejável.

É distinta a atuação que os terceiros políticos e os terceiros jurídicos exercem na solução das controvérsias.²⁵ Enquanto o terceiro jurídico deve pautar-se, exclusivamente, pelo direito internacional, o terceiro político, a saber o Conselho de Segurança e diversos órgãos

²³ CALAMANDREI, Piero. op. cit., v. 1, p. 118-119.

²⁴ LEBEN, Charles. La jurisdiction internationale. *Droits: Revue française de théorie juridique*, Paris, nº 9, p. 149, 1989. Cf. o comentário sobre art. 94 da Carta das Nações Unidas em PILLEPICH, Alain. Article 94. In: COT, Jean-Pierre; PELLET, Alain (Org.). *La Charte des Nations Unies*. Bruxelles: É. Bruylant, 1985. p. 1269-1278.

²⁵ LEBEN, Charles. La jurisdiction internationale. op. cit., p. 150.

especializados das organizações internacionais, não têm a obrigação de se valerem da norma jurídica para a solução da disputa. Isso não quer dizer que o terceiro político esteja livre para praticar atos ilícitos, mas, simplesmente, que o direito é apenas um dos instrumentos de que se serve para intervir em um conflito.

6.4.1 A arbitragem

A arbitragem, utilizada para resolver pendências entre as cidades gregas, baseou-se, na Idade Média, na autoridade espiritual do papa.²⁶ Experimentou um período de declínio com a emergência do Estado moderno para reaparecer, com grande vitalidade, no final do século XVIII, impulsionada pelo aumento dos contenciosos entre os Estados.

Na era moderna, o prestígio da arbitragem, recobrado a partir do final do século XVIII, antecipou a extraordinária evolução dos meios de solução de controvérsias no curso do século XX. As decisões arbitrais proferidas com base no artigo VII do Tratado Jay, celebrado em 1794, concorreram para desenvolver a teoria da responsabilidade do Estado e abriram caminho para o uso da arbitragem internacional no futuro.

Estima-se que entre 1795 e 1922 ocorreram 350 arbitragens internacionais, sendo que 74 delas tiveram lugar no período entre 1891 e 1900. A composição de conflitos pela via arbitral continuou a despertar grande interesse, comprovado pelas 165 arbitragens registradas nos 30 anos subsequentes.²⁷ A arbitragem é um valioso instrumento para a solução das disputas internacionais, que os Estados utilizam amiúde, em virtude do crescente número de conflitos oriundos das várias formas de interdependência.

A divergência entre dois Estados, entre um Estado e uma organização internacional, ou entre duas organizações internacionais enseja, em numerosas oportunidades, o recurso à via arbitral. A arbitragem ora antecede, ora sucede a ocorrência do conflito. Na primeira hipótese, é comum inserir em tratados bilaterais ou multilaterais uma cláusula, intitulada cláusula arbitral ou compromissória, segundo a qual as disputas que envolvam a interpretação e aplicação de qualquer dispositivo, resolver-se-ão por arbitragem. A cláusula em apreço dispõe para o futuro, regula situações evidentemente incertas. Ela é particularmente útil nos acordos que versam temas econômicos, dada a elevada probabilidade de desentendimentos sobre o seu conteúdo. A estipulação da cláusula arbitral não dispensa a celebração do compromisso quando estiver em causa definir o teor da convenção.

É de se registrar, nos últimos tempos, a conclusão de tratados especiais, que impõem a arbitragem para a solução dos conflitos. A arbitragem passa a ser o método preferido para resolver quaisquer litígios e não apenas aqueles pertinentes a certo tratado. O compromisso, condição para que o tribunal arbitral se instale, é, excepcionalmente, afastado por algumas convenções, como o Ato Geral de Arbitragem de 1928.

Situação diversa tem lugar quando as partes, após a eclosão do conflito, deliberam submetê-lo à arbitragem, celebrando tratado específico com esta finalidade. O compromisso a ser firmado conterà a qualificação das partes, o nome dos árbitros e dos respectivos substitutos, o objeto do litígio, com a descrição minuciosa dos fatos controversos, bem como as regras que regerão a

²⁶ CARREAU, Dominique. *Droit international*. op. cit., p. 584.

²⁷ CHARNEY, Jonathan. Is international law threatened by multiple international tribunals? *Recueil des Cours*, Leiden, v. 271, p. 119, 1999. Cf. PINTO, M. C. W. The prospects for international arbitration: inter-states disputes. In: SOONS, A. H. A. (Org.). *International arbitration: past and prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1990. p. 63-69.

instalação e funcionamento do tribunal arbitral. É conveniente, também, especificar o local onde os árbitros se reunirão, o pagamento das despesas, o prazo para as decisões interlocutórias e finais, a admissibilidade de recursos e a guarda dos documentos. A doutrina reconhece a necessidade de explicitar as normas processuais e materiais que orientarão a atividade dos árbitros.

A escolha do direito aplicável é questão crucial em qualquer arbitragem. Entre as alternativas possíveis encontram-se a determinação precisa das regras aplicáveis, a referência ao art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou aos Princípios de Direito Internacional. A precisão das fontes normativas da arbitragem contribui, em larga medida, para o bom desenvolvimento dos trabalhos. Em alguns casos, os Estados concedem aos árbitros poder para decidir *ex aequo et bono*, guiando-se exclusivamente pelo senso de justiça, sem se vincular a regras previamente estabelecidas. O art. 28 do Ato Geral de Arbitragem permite a decisão por equidade, quando se comprovar lacuna no direito internacional. Esta hipótese aparece no caso da Fundação Trail, cuja sentença influenciou de modo decisivo a proteção internacional do meio ambiente. As partes podem, ainda, autorizar o tribunal arbitral a elaborar as regras que governem o procedimento e o mérito dos litígios. O tribunal analisa e interpreta a real extensão da competência que lhe foi atribuída. Deve, contudo, manter estrita fidelidade ao compromisso. Os árbitros deliberam acerca dos limites da sua competência, mas não podem ultrapassar os poderes que o compromisso lhes outorgou.

O procedimento arbitral é contraditório: à fase escrita e de produção de provas sucedem os debates orais, a troca de memoriais, a réplica e a tréplica entre as partes. O segredo das discussões havidas marca importante distinção entre a arbitragem e o Poder Judiciário dos Estados. O sigilo das deliberações é limitado pela possibilidade outorgada aos árbitros minoritários de exporem publicamente o desacordo total ou parcial com a opinião exarada na sentença.

O procedimento arbitral desenrola-se, habitualmente, de acordo com as regras instituídas no compromisso ou nos instrumentos convencionais a ele vinculados. As Convenções de Haia de 1899 e 1907 ou o Ato Geral de 1928, na qualidade de normas gerais, têm caráter supletivo. A busca promovida pelos tratados gerais de aproximar a arbitragem e as jurisdições internas deve ser vista com cautela em razão das diferenças entre as partes, entre as instâncias julgadoras e o papel do consenso no decorrer do procedimento.

No passado, era frequente designar-se árbitro único, em geral o soberano de um Estado. Esse fato raramente se repete na atualidade.

O Tratado Jay firmado, em 1794, pela Inglaterra e pelos Estados Unidos criou a arbitragem por comissão mista, na qual os membros eram, a princípio, designados pelas partes, exclusivamente, entre os seus nacionais. Não era rara a designação de um superárbitro, nacional de um terceiro Estado, que deliberava somente quando houvesse divergência entre os comissários. A previsão de que estes tivessem nacionalidade diversa das partes litigantes está na raiz do tribunal colegial, empregado para solucionar disputas como a protagonizada, no início do século XX, pela Venezuela e Estados Europeus, entre os quais a Itália, a Inglaterra e a Alemanha. Os órgãos colegiados, que contemplam a presença majoritária de árbitros neutros, revelam indiscutível preferência nos dias atuais para preservar a imparcialidade da decisão. A escolha de três árbitros neutros ocorreu, pela primeira vez, em 1871, na controvérsia entre o Reino Unido e o governo norte-americano, a respeito de incidente verificado durante a guerra civil nos EUA (caso Alabama).

O tribunal arbitral constitui-se com a designação, pelos Estados, de um ou dois árbitros que, por sua vez, escolherão o presidente. Na ausência de indicação do árbitro ou dos árbitros ou, ainda, se não houver acordo para a escolha do superárbitro, esta tarefa competirá ao Secretário Geral da ONU ou ao presidente da Corte Internacional de Justiça. A arbitragem termina com a sentença arbitral, documento escrito, redigido em forma jurídica, que aprecia os fatos e apresenta os fundamentos da decisão. O art. 91 do modelo de regras elaborado pela CDI declara que o tribunal não poderá pronunciar o *non liquet* a pretexto de silêncio ou obscuridade do direito a aplicar. As deliberações são tomadas por maioria de votos, havendo a possibilidade de opiniões dissidentes. A sentença arbitral é obrigatória e definitiva, possuindo autoridade de coisa julgada. As partes devem executá-la de boa-fé, não se admitindo a execução forçada, prática habitual no direito interno.

A indicação incorreta dos árbitros e o desrespeito a aspectos procedimentais figuram entre os vícios extrínsecos que provocam a nulidade da sentença. Já o conflito de interesses, o excesso de poder e o erro de direito pertencem à categoria dos vícios intrínsecos que afetam diretamente a validade da decisão.

A obscuridade da sentença dificulta o entendimento e a existência de contradições internas afeta a sua eficácia. É cabível, por isso, o pedido para que o tribunal esclareça o exato teor do julgado, pondo fim a toda sorte de ambiguidade. O recurso de revisão não é usual; necessita estar previsto no compromisso, que o subordina à descoberta de fato novo, desconhecido à época em que a sentença foi proferida e que se mostre capaz de alterar-lhe o conteúdo.

Na tentativa de institucionalizar a técnica arbitral é conveniente recordar, não obstante a escassa relevância prática, a experiência da Corte Permanente de Arbitragem, criada pela Convenção de Haia de 1899, tendo sido, posteriormente, objeto da Convenção I de Haia, celebrada em 1907. A CPA, como ficou conhecida, não é um órgão jurisdicional, com existência permanente, concebido para julgar litígios futuros. É, na verdade, uma lista internacional de árbitros, constituída por listas nacionais preparadas pelos Estados que concluíram as Convenções de Haia de 1899 e 1907. Cada lista nacional é composta de 4 árbitros indicados por um período de 6 anos. A função da CPA é oferecer aos Estados um grupo de árbitros altamente qualificados para resolver quaisquer disputas. Possui um secretariado e dispõe de regras procedimentais aplicáveis no caso de lacuna do compromisso.

6.4.2 A Corte Internacional de Justiça

Os horrores cometidos durante a Primeira Guerra Mundial fortaleceram o desejo de se criar uma corte judiciária internacional, de caráter permanente, com a função de resolver pacificamente as controvérsias. Estabelecia-se, com isso, vínculo estreito entre a preservação da paz e o respeito às normas jurídicas. Convém lembrar, entretanto, do ponto de vista judicial, a experiência da Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907, dotada de ampla jurisdição, que perdurou, de forma contínua, de 1908 a 1918, perante a qual o indivíduo poderia efetuar reclamações contra o Estado de sua nacionalidade. O art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações previu a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, que, entretanto, somente veio a ser de fato instituída por um Protocolo que entrou em vigor em setembro de 1921. Seus trabalhos se iniciaram em fevereiro de 1922, prolongando-se ininterruptamente até 1940, quando cessaram em virtude da Segunda Guerra Mundial. Com o término das hostilidades, a

Corte Internacional de Justiça sucedeu a Corte Permanente de Justiça Internacional, que formalmente existiu até 1946.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), que por obra da Carta da Organização das Nações Unidas pertence à estrutura da ONU, adotou o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, demonstrando a profunda continuidade entre as duas instituições. Os julgados da CIJ aludem, reiteradamente, às decisões da sua antecessora. Ela é composta por 15 magistrados, eleitos para um mandato de nove anos, com a possibilidade de reeleição por idêntico período. Compete-lhe, exclusivamente, resolver disputas entre Estados relativas à interpretação e aplicação de quaisquer normas de direito internacional. A sede do tribunal localiza-se em Haia, na Holanda, onde devem ocorrer as reuniões.

Os juízes são eleitos, independentemente da nacionalidade, entre as pessoas de incontestável probidade moral e que reúnam as condições para o exercício, nos seus respectivos países, das mais altas funções judiciárias, ou entre juristas que possuam competência notória em matéria de direito internacional. A eleição é feita, no âmbito da ONU, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, sem o uso do direito de veto. Integram a CIJ, desde a sua criação, nacionais dos cinco Estados que detêm o *status* de membros permanentes do Conselho de Segurança. Dois nacionais de um mesmo país não podem, ao mesmo tempo, ser juízes da Corte. Buscou-se assegurar ampla representatividade, garantindo-se que os principais sistemas jurídicos estejam nela representados. Os membros da CIJ comprometem-se a ser imparciais, não se subordinando às orientações dos Estados nacionais. Beneficiam-se, igualmente, da inamovibilidade, pois somente a Corte desfruta da prerrogativa de lhes retirar a função.

A CIJ elabora o regulamento interno, dispendo sobre assuntos administrativos e o desenvolvimento geral dos trabalhos. Elege o presidente e o vice-presidente, indica o local das reuniões, que normalmente é a cidade de Haia, e permite a formação de Câmaras, em geral compostas por cinco juízes. A parte que demandar perante a Corte tem a faculdade de indicar, somente para aquele caso, na falta de magistrado que tenha a nacionalidade do demandante, um juiz que se encontre ou não entre os seus nacionais.

As organizações internacionais e os indivíduos não figuram como partes em processos na CIJ, cuja jurisdição abrange, unicamente, os conflitos interestatais.

Diversamente do que acontece no nível interno, dominado pela compulsoriedade da jurisdição, a competência da Corte e das demais instâncias jurisdicionais na esfera internacional resulta da vontade dos Estados soberanamente manifestada. Diante da divergência na qualificação jurídica de certos fatos, dois governos podem firmar um tratado pelo qual submetem o litígio à apreciação da Corte. As partes escolhem, nesse momento, entre dirigir-se conjuntamente à Corte, situação em que as figuras de autor e réu não se distinguem, e estabelecer que a primeira delas a deduzir as suas razões ingressará na Corte com uma demanda contra a outra, cabendo a esta argumentar a título de contestação, e eventual reconvenção.²⁸

Rezek²⁹ lembra que em 1951 a França e Reino Unido levaram à apreciação da Corte o litígio referente às ilhas Minquiers e Ecrehous; a mesma forma de julgar ocorreu na sentença arbitral proferida pelo rei da Espanha na controvérsia entre Honduras e Nicarágua³⁰ e no caso Haya de La Torre sobre o direito de asilo, que opôs a Colômbia ao Peru. Numerosos tratados contêm

²⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. op. cit., p. 350.

²⁹ *Ibid.*, p. 350.

³⁰ *Ibid.*, p. 350.

cláusula que atribui à Corte Internacional de Justiça a competência para decidir sobre os desentendimentos oriundos da aplicação e interpretação dos seus dispositivos.

Idealizada pelo diplomata brasileiro Raul Fernandes, no limiar dos anos 20, a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória sujeita os países que a subscreverem a aceitar a competência da Corte, em condições de reciprocidade, nos litígios que envolverem a violação do direito internacional. Ela pode perdurar por período de tempo limitado e não incluir certas matérias consideradas de alta relevância pelo Estado subscritor. O objetivo visado era constituir um grupo de Estados em relação aos quais a jurisdição da Corte se impunha quando algum conflito viesse a ser deflagrado. Pretendeu-se, simultaneamente, fortalecer a autoridade da Corte e garantir aos Estados a possibilidade de subscrevê-la por um período limitado de tempo e excluir conflitos relacionados a temas de interesse nacional. Muitos apregoaram, na Conferência de São Francisco, o reconhecimento automático da jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça. Esta era, por exemplo, a opinião de Jules Basdevant, *rapporteur* da Comissão de Juristas encarregado de analisar a matéria. Os EUA e a URSS opuseram-se vigorosamente e julgaram oportuno manter a cláusula facultativa de jurisdição compulsória que integrava o Estatuto da CPJI. A propósito, o governo francês abandonou a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória quando não foi acolhida a reserva que fizera relativamente à competência da Corte para as questões de defesa nacional no conflito protagonizado contra a Austrália e a Nova Zelândia sobre Testes Nucleares no Pacífico Sul. Número ponderável de Estados decidiu, no momento de subscrever a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, contemplar restrições que a privam da importância que deveria revestir para a vida internacional. Ela certamente não cumpre, no presente, o propósito que a inspirou quando foi elaborado o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, no começo dos anos 20. A aceitação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória era, à época da CPJI, proporcionalmente superior às adesões verificadas na atualidade. O direito internacional contemporâneo tende, sob esse aspecto, a limitar o voluntarismo estatal típico das primeiras décadas do século XX.

A competência da CIJ origina-se, igualmente, da mera proposição de uma demanda que, por sua vez, é contestada no mérito pelo Estado réu, que, todavia, não fez nenhuma objeção quanto ao foro. No caso referente ao Estreito de Corfu,³¹ a CIJ recusou-se a aceitar a alegação albanesa referente à inadequação do foro porque a contestação ao mérito do pleito formulado pela Grã-Bretanha era suficiente para firmar a sua competência, independentemente de tratado bilateral nesse sentido.

A CIJ examina, em face da demanda que lhe é apresentada, se há, efetivamente, conflito de interesses passível de apreciação jurídica. Analisa, também, a presença do interesse de agir das partes, se foram esgotados os recursos internos e se há hipótese de proteção diplomática. O Estatuto da CIJ discrimina o procedimento a ser seguido, as fases escrita e oral que serão percorridas até o final do processo. Menciona que o inglês e o francês são as línguas oficiais de trabalho, utilizadas pelas partes e pelos magistrados. É prevista a concessão de medidas conservatórias quando o transcurso do tempo até o julgamento definitivo ameace comprometer a eficácia de alguma pretensão.

A CIJ delibera por maioria de votos, cabendo ao presidente o voto de desempate. A sentença relata os fatos controvertidos e aponta os motivos que fundamentam a decisão. Admitiu-se, como acontece em muitos tribunais domésticos, a publicação de opiniões individuais ou dissidentes.

³¹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. op. cit., p. 354.

O juiz, que porventura acompanhou a maioria, é livre para ressaltar aspectos determinados da sentença, censurando eventualmente algum ponto em especial. Aqueles que dissentirem da decisão proferida poderão, em separado, manifestar a sua opinião, revelando as razões da divergência.

A sentença da CIJ é obrigatória, possuindo força de coisa julgada. As questões jurídicas decididas, apesar de se referirem aos litigantes, constituem precedentes de alcance geral. As decisões são definitivas, sem direito a recurso. Mas não está afastado o pedido de esclarecimentos quando o julgado contiver dúvida ou contradição interna. O respeito às decisões da CIJ é devido por todos os membros da ONU. O descumprimento da decisão enseja recurso ao Conselho de Segurança, que, em situações extremas, poderá aplicar as sanções constantes no Capítulo VII da Carta da ONU. Não se registrou, até o presente, nenhum caso de execução forçada de sentença da CIJ em razão do direito de veto às deliberações do Conselho de Segurança.

Além da competência contenciosa, a CIJ tem competência consultiva, que se exerce sob a forma de pareceres preparados por solicitação da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança ou pelas organizações internacionais especializadas que fazem parte da ONU. A Corte avalia, com discricionariedade, se há uma questão jurídica que necessita ser esclarecida. O pedido de parecer visa aclarar a interpretação de dispositivos da carta constitutiva de uma organização internacional, precisar a extensão do poder dos órgãos internos e da própria organização, ou apreciar a licitude de certas despesas. O conflito entre o Estado e uma organização internacional será analisado, em parecer preparado pela CIJ, se houver expressa concordância nesse sentido.

A jurisprudência da CIJ contribui de maneira decisiva para o desenvolvimento do direito internacional. Lançou luz, como afirma Dominique Carreau, sobre os mais diversos temas, entre os quais se incluem a interpretação dos tratados internacionais, definição do costume, o regime jurídico dos atos unilaterais, a formulação dos princípios gerais de direito internacional, o papel do indivíduo como sujeito de direito internacional, a precisão da personalidade jurídica das organizações internacionais, a responsabilidade internacional e a soberania dos Estados, a nacionalidade das pessoas físicas, jurídicas e dos navios, a delimitação do mar territorial e da plataforma continental.

A atuação da Corte Internacional de Justiça defronta-se com obstáculos políticos, técnicos e jurídicos.³² No terreno político, inúmeros países demonstram desconfiança em relação à independência da Corte para apreciar com imparcialidade os litígios que lhe são submetidos. Essa atitude foi primeiramente exibida pela antiga União Soviética, para quem a Corte era um baluarte do capitalismo, num mundo dividido pela Guerra Fria. Os países desenvolvidos, por outro lado, diziam que a CIJ concedia excessiva proteção aos interesses das nações em desenvolvimento. Carreau³³ recorda que esta seria a explicação para a preferência em favor da arbitragem e da formação de câmaras especiais no interior da CIJ, instrumento que permite às partes o efetivo controle da sua composição, como ocorreu no litígio sobre o Golfo do Maine entre o Canadá e os EUA. O mesmo expediente foi utilizado por outros países desenvolvidos e em desenvolvimento em controvérsias que opuseram, respectivamente, o Mali e Burkina Faso,³⁴ a Itália e os EUA,³⁵ El Salvador e Honduras.³⁶

³² CARREAU, Dominique. *Droit international*. op. cit., p. 625-627. Cf. BROWNLIE, Ian. op. cit., p. 728-730.

³³ CARREAU, Dominique. *Droit international*. op. cit., p. 625. Cf. GUILLAUME, Gilbert. *La Cour Internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} siècle: le regard d'un siècle*. Paris: A. Pedone, 2003. p. 33-47, 319-331.

³⁴ Caso Disputa Fronteiraça.

³⁵ Caso ELSI.

Do ponto de vista técnico, são mencionados os problemas pertinentes à independência dos magistrados e as dificuldades que os juízes têm para resolver litígios repletos de especificidades próprias a certos países ou regiões. A lentidão na solução das disputas, que alguns costumam alegar, é refutada pela Corte sob o argumento de que a demora se deve em grande medida a fatos imputáveis exclusivamente às partes. No campo jurídico, condena-se a proibição do acesso aos procedimentos contenciosos da Corte, por parte das organizações internacionais e das pessoas privadas, como algo que não mais se justifica na sociedade internacional contemporânea. Nessa esfera, é lembrado o declínio da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, já que inúmeros países decidiram simplesmente retirá-la ou fizeram amplas reservas no momento em que a subscreveram.

Em curso recente ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, Pierre Marie Dupuy observou que a Corte Internacional de Justiça está diante de um verdadeiro paradoxo representado, de um lado, pelo desejo dos seus membros de conservar o papel eminente que desempenha e, de outro, pelo fato de que nem sempre a Corte realiza a vocação que a caracteriza de orientar a evolução da jurisprudência internacional no sentido de precisar o significado, o regime e o alcance das instituições e princípios jurídicos.³⁷ Isso teria ocorrido no tocante ao estatuto e regime jurídico do direito dos povos do Timor Oriental, bem como no julgamento do caso relativo ao Projeto Gabcikovo-Nagymaros,³⁸ que lhe deu oportunidade de esclarecer o conceito de desenvolvimento sustentável, de estabelecer o estatuto do princípio de precaução e fixar a orientação em matéria de reparação por perdas e danos.

Um dos possíveis cenários que começam a se desenhar aponta para a divisão do trabalho jurisdicional entre órgãos diferentes, conforme a natureza da atividade por eles realizada. A Corte Internacional de Justiça se dedicaria à resolução dos litígios tradicionais, e nem por isso menos importantes, como por exemplo a atribuição e delimitação de territórios em disputa, enquanto as Cortes mais jovens, especializadas no direito do mar ou nos assuntos comerciais, tratariam de questões que imprimem dinamismo à ordem jurídica internacional. Seria conveniente, opina Dupuy, evitar esse conflito pela resolução de litígios que leve em conta a unidade formal da ordem jurídica internacional e pela aplicação das regras substanciais referentes à sua unidade material.³⁹

6.4.3 O Tribunal Internacional do Direito do Mar

Produto da Convenção de Montego Bay de 1982, elaborada por ocasião da Terceira Conferência sobre o Direito do Mar, a Corte então criada, que recebeu a denominação de Tribunal Internacional do Direito do Mar,⁴⁰ começou a funcionar em 1996 com o objetivo de dirimir as controvérsias oriundas do novo tratado. É composto por 21 juízes independentes eleitos entre pessoas que gozam da mais alta reputação pela sua imparcialidade e integridade e sejam de reconhecida competência em matéria de direito do mar. Exige-se também que sejam representados os principais sistemas jurídicos do mundo e que a composição do Tribunal reflita

³⁶ Caso Fronteiras Terrestres e Marítimas.

³⁷ DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 297, p. 477, 2003.

³⁸ Ibid., p. 477.

³⁹ Ibid., p. 478.

⁴⁰ MATTOS, Adherbal Meira. op. cit., p. 197-202.

uma distribuição geográfica equitativa. Não poderão integrar o Tribunal mais de um nacional do mesmo Estado e dele não farão parte menos de três membros de cada um dos grupos geográficos estabelecidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Câmaras especiais para cuidar de assuntos específicos encontram-se em funcionamento, como a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, a Câmara de Procedimento Sumário, a Câmara para Disputas sobre Áreas Pesqueiras, a Câmara para Disputas sobre o Meio Ambiente Marinho e a Câmara Especial para o Caso relativo à Conservação e Exploração Sustentável dos Estoques de Peixe-Espada no Sudeste do Oceano Pacífico. Além dos Estados, a Convenção assegurou a outros entes o acesso ao Tribunal. Podem a ele recorrer as organizações internacionais intergovernamentais se a maioria dos membros tiver aderido à Convenção e houver definido de forma inequívoca as matérias que se inserem no âmbito de competência da Organização. Garantiu-se, outrossim, o acesso ao Tribunal à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos bem como às empresas estatais, além das pessoas físicas e jurídicas. Nessa hipótese, contudo, o acesso limita-se a questões específicas entre as quais figuram aquelas vinculadas a contratos concluídos para a exploração de recursos marinhos. O Tribunal adota medidas provisórias para preservar os direitos das partes ou prevenir danos de monta ao meio ambiente marinho até a decisão final do litígio.

Vale ressaltar que a competência do Tribunal se estende às disputas referentes à interpretação ou aplicação da Convenção. Dispõe, igualmente, de competência para decidir questões que versem a interpretação de outros acordos desde que tais ajustes se relacionem com os objetivos da Convenção e atribuam ao Tribunal referida competência. Reservou-se-lhe, ademais, a faculdade de emitir pareceres, quando provocado, em nítido exercício de sua jurisdição consultiva, sobre o entendimento da Convenção ou de acordos a ela relacionados. O art. 293, § 1º, da Convenção sobre o Direito do Mar preconiza: “A corte ou tribunal que tiver jurisdição nos termos desta secção deve aplicar a presente Convenção e outras normas de direito internacional que não forem incompatíveis com esta Convenção.” O Tribunal concorre com a CIJ na resolução dos conflitos referentes ao direito do mar. Utiliza, nesse afã, conceitos já desenvolvidos pela Corte Internacional de Justiça que, aliás, se houve com extremo acerto na delimitação dos espaços marítimos. A Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar permite que as partes escolham entre a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Internacional do Direito do Mar e a arbitragem para resolver o litígio porventura existente.

A possibilidade de conflito de jurisdição entre o Tribunal Internacional do Direito do Mar e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC surgiu no litígio protagonizado pelas Comunidades Europeias e pelo Chile, referente à pesca do peixe-espada.⁴¹ Em 6 de novembro de 2000, após o insucesso das consultas realizadas, a CE solicitou ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a constituição de um painel para analisar a decisão do governo chileno de proibir o desembarque nos portos daquele país dos navios que efetuam a pesca do peixe-espada no sudoeste do Oceano Pacífico, com fundamento no art. 165 da Lei de Pesca, consolidada pelo Decreto 430, de 28 de setembro de 1991, e pelo Decreto 598, de 15 de outubro de 1999.⁴² O fato

⁴¹ ORELLANA, Marcos A. The swordfish dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO. *Nordic Journal of International Law*, København, v. 71, nº 1, p. 56-65, 2002. Cf. também SERDY, Andrew. See you in Port: Australia and New Zealand as third parties in the dispute between Chile and the European Community over Chile's denial of port access to Spanish vessels fishing for swordfish on the high seas. *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, Vic., v. 3, nº 1, p. 79-119, May 2002.

⁴² Request for Consultations (WTO), Chile – Swordfish.

de não se admitir a armazenagem ou a mera transferência da carga para outros navios tornara impossível, segundo a CE, o trânsito do peixe-espada pelos portos chilenos. A CE alegou que a medida era incompatível com o GATT de 1994, em particular com os arts. V e XI.

O Chile, por seu turno, instou a CE a submeter a controvérsia ao exame do Tribunal Internacional do Direito do Mar, mas, diante da recusa do pedido que formulara, só lhe restou a alternativa da arbitragem compulsória prevista no Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Em sucessivas reuniões que tiveram curso, respectivamente, em New York e em Hamburgo, as partes concordaram com o estabelecimento de uma Câmara do Tribunal Internacional do Direito do Mar composta por cinco juízes, para analisar o litígio. O Tribunal Internacional do Direito do Mar aceitou, formalmente, a solicitação que lhe foi endereçada e declarou constituída uma Câmara Especial incumbida de se pronunciar sobre as pretensões sustentadas pelas partes. O Chile argumentou que as normas editadas visavam à conservação do peixe-espada e que a CE falhara em controlar a operação dos navios que portavam a bandeira dos Estados a ela pertencentes, além de não cooperar com o Estado costeiro na conservação das espécies que se buscava proteger. No final de janeiro de 2001, as partes firmaram acordo que suspendeu os procedimentos para solução da controvérsia nas duas instâncias em que ele foi iniciado.

6.4.4 O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

Conflitos étnicos de grandes proporções tiveram lugar no território da antiga Iugoslávia, no início da década de 90. Crimes de guerra, tentativas de depuração étnica e sucessivas violações do direito internacional humanitário marcaram, desde o início, o desenrolar das hostilidades. A Resolução 808 de 1993, editada pelo Conselho de Segurança com base no art. 39 da Carta da ONU, afirmou que a situação no território da antiga Iugoslávia constituía ameaça à paz e segurança internacionais. Com o propósito de pôr fim aos graves crimes cometidos e punir os culpados, o Conselho de Segurança decidiu criar um Tribunal Internacional para julgar os responsáveis pelas violações do direito internacional ocorridas a partir de 1ª de janeiro de 1991. Solicitou, ao mesmo tempo, informações ao Secretário Geral da ONU para que indicasse o modo de estabelecer a referida corte. O Secretário Geral propôs, para esse fim, que o Conselho de Segurança adotasse uma resolução no contexto do Capítulo VII da Carta da ONU, que trata dos casos de ameaça à paz, ruptura da paz e ato de agressão. A Resolução 827 de 1993 aprovou o Estatuto do Tribunal, criando as condições para o seu funcionamento. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia surge, assim, como órgão subsidiário do Conselho de Segurança, informado pelo respeito ao devido processo legal e aos princípios da objetividade e imparcialidade.

O Tribunal recebeu competência para julgar os acusados de infringirem o direito internacional humanitário, em particular, as quatro Convenções de Genebra de 1949, a quarta Convenção de Haia de 1907 e seu regulamento anexo, a Convenção sobre Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e os princípios cristalizados nos julgamentos de Nurembergue. O Estatuto previu a supremacia do Tribunal em relação às cortes nacionais e consagrou o princípio do *ne bis in idem*.

6.4.5 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Os conflitos em Ruanda, em 1994, entre as etnias hutu e tutsi, causaram cerca de 500 mil mortos e grande número de refugiados, que procuraram abrigo nos países vizinhos. Preocupado com as atrocidades perpetradas, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda por meio da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994. Instituído com fundamento no Capítulo VII da Carta da ONU, o Tribunal deveria contribuir para a manutenção da paz ao julgar os responsáveis pela violação das normas internacionais em Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses que tenham praticado tais delitos em Estados vizinhos de 1ª de janeiro a 31 de dezembro de 1994. Em 22 de fevereiro de 1995, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 955, que designou a cidade de Arusha, capital da Tanzânia, como sede oficial da Corte. A competência *rationae materiae* do Tribunal abrange o crime de genocídio, os crimes de lesa-humanidade, de que são exemplos o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação, o encarceramento, a tortura, quando sejam praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos políticos, religiosos, nacionais ou raciais e o art. 3º comum às Convenções de Genebra de 1949 e do Protocolo adicional II, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais. Estabeleceu-se a responsabilidade dos superiores em relação aos atos praticados pelos subordinados quando estes sabiam ou tinham condições de saber que tais atos seriam praticados ou não tomaram as medidas necessárias para evitá-los. A prisão, inclusive a prisão perpétua, é a pena prevista para a punição dos delitos.

6.4.6 A importância da jurisprudência dos tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda

A jurisprudência dos tribunais para Ruanda e para a antiga Iugoslávia tem contribuído significativamente para o desenvolvimento do direito internacional. Ambas as cortes apresentam casos paradigmáticos, que envolveram a discussão de matérias de indiscutível relevância, com grande repercussão para as áreas nas quais atuam.⁴³

O caso Akayes notabiliza-se por ser a primeira oportunidade em que um indivíduo, na esfera internacional, foi julgado pela prática do crime de genocídio. Na ocasião, o Tribunal considerou que constitui genocídio, nos termos da Convenção das Nações Unidas que o regula, a violência sexual perpetrada contra um grupo étnico destinada a eliminá-lo. O caso Jean Kambanda, primeiro-ministro de Ruanda, em 1994, quando tiveram curso diversos massacres naquele país, foi fundamental para demonstrar que o genocídio e outros crimes graves ocorridos em Ruanda não foram atos espontâneos cometidos durante a guerra civil.

O Tribunal para a antiga Iugoslávia condenou Drazen Erdemovic por crimes contra a humanidade, notadamente pelo massacre de Srebrenica, e Radislav Krstic por genocídio e crimes contra a humanidade. No caso Tadic o tribunal ignorou a distinção entre conflito interno e externo para a configuração de crimes internacionais. Já no caso Delalic a Corte elaborou uma definição neutra de estupro, com base em comportamentos que o tipificam em inúmeros ordenamentos jurídicos. O julgamento a despertar maior atenção, contudo, foi o de Slobodan Milosevic, ex-presidente da Iugoslávia, acusado de cometer genocídio e crimes contra a humanidade na Bósnia-Herzegovina e crimes contra a humanidade em Kosovo e na Croácia.

⁴³ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do Estado pelo Tribunal Penal Internacional*. 2009. 188 p. Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Exemplar pelos efeitos que certamente teria para o direito internacional, pois estava em questão a responsabilidade de um chefe de Estado por atos executados no exercício das suas funções, a morte na prisão do ditador iugoslavo impediu a conclusão do julgamento, mas abriu importante precedente para a justiça internacional do futuro.

A jurisdição dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda limita-se aos crimes cometidos por inimigos e não aos atos praticados por organizações, como sucedeu em Nuremberg. Além de terem a competência restrita, do ponto de vista temporal, aos crimes perpetrados a partir de 1991, no caso do Tribunal para a antiga Iugoslávia e ao ano de 1994, na hipótese do Tribunal para Ruanda, a competência das duas cortes restringiu-se aos fatos ocorridos no território daqueles países. Vale lembrar, a propósito, que a competência do Tribunal para Ruanda abarca os crimes de cidadãos ruandeses em Estados vizinhos, em virtude das tensões étnicas causadas pelo aumento de refugiados.

A estrutura dos dois tribunais *ad hoc*, composta de duas Câmaras de Primeira Instância e uma Câmara de Apelação, um escritório, dedicado ao exame de questões institucionais, uma promotoria independente e uma secretaria influenciou o modelo posteriormente adotado pelo Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

6.4.7 O Tribunal Penal Internacional

Saudado como um dos acontecimentos capitais do direito internacional das últimas décadas, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado pela Conferência de Plenipotenciários em 1998, e entrou em vigor em 2002, entreabrindo nova fase na persecução penal dos indivíduos. O seu advento está associado, para Gilberto Sabóia,⁴⁴ a três fatores:

- a) o fim da Guerra Fria, que tornou menos rígidos os alinhamentos ideo-lógicos que bloqueavam a evolução do direito internacional;
- b) a globalização e a interdependência, que acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais, inclusive como proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais;
- c) as tendências de fragmentação liberadas pelo fim da Guerra Fria, que levaram à irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos, na maioria dos casos não internacionais em que ocorreram catástrofes e massacres, com graves riscos para a paz e a segurança internacionais.

Essa conjuntura passou a exigir o reforço da capacidade de sanção do direito internacional para lidar com uma realidade sobremodo peculiar. O Tribunal Penal Internacional situa-se na tradição inaugurada pelos Tribunais Militares de Nurembergue e Tóquio, para processar e julgar os alemães e japoneses que perpetraram crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A construção da responsabilidade internacional no segundo pós-guerra

⁴⁴ SABÓIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista CEJ*, Brasília, nº 11, p. 5, ago. 2000. Cf. MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 45-59. Cf. KAUL, Hans-Peter. A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 109-124.

recebeu notável influência dos princípios que vieram à luz com a atuação de ambos os tribunais, apesar dos vícios presentes no momento em que eles surgiram. O legado que deixaram é composto pelos seguintes princípios:

- a) afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo direito internacional, independentemente da existência de lei interna;
- b) não reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo direito internacional;
- c) não reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade. A Resolução 95.1 da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 1946, integrou os princípios de Nurembergue ao direito internacional geral.

Na década de 90, os Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, instituídos com fundamento no Capítulo VII da Carta da ONU, nasceram em meio a um novo contexto internacional para punir os crimes que aconteceram naquelas áreas do globo.⁴⁵ Esses precedentes, ainda que espacial e temporalmente circunscritos, ajudaram a consolidar a responsabilidade internacional do indivíduo em um nível desconhecido pelo direito clássico.

O Tribunal Penal Internacional inspirou-se nessa longa evolução que desembocou no Estatuto de Roma de 1998. Os seus criadores demonstraram prudência e sabedoria ao concebê-lo como corte universal, imparcial e independente, que tem natureza complementar às jurisdições domésticas. A ação do Tribunal é, portanto, esporádica e excepcional e cobre as hipóteses em que há incapacidade ou falta de disposição dos Estados em processar e julgar os responsáveis. Os Tribunais *ad hoc* e o Tribunal Penal Internacional não se confundem: os primeiros concorrem com as jurisdições domésticas, mas têm primazia no tocante ao julgamento dos crimes de sua competência; já o segundo é excepcional e complementar, acionável apenas se houver inação do Poder Judiciário estatal.⁴⁶

O Estatuto de Roma, denominação do tratado que criou o Tribunal Penal Internacional, não admite a apresentação de reservas. O Estado-parte poderá, contudo, afastar a competência do Tribunal Penal Internacional sobre crimes de guerra, prevista no art. 8, por sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, se para tanto formulou pedido no momento da ratificação. O Preâmbulo sublinha o caráter universal dos direitos humanos e declara a existência de crimes tão graves que constituem ameaça a valores comuns de toda a humanidade como a paz, a segurança e o bem-estar. Tais crimes não devem permanecer impunes por ameaçarem a totalidade do gênero humano. Estimula as Partes a adotarem medidas no plano nacional e lembra que cada Estado deve exercer a respectiva jurisdição penal. A repressão a tais crimes requer, de forma mais ampla, a cooperação entre os governos, razão pela qual os Estados se comprometeram a assinar e a ratificar o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal

⁴⁵ MAIA, Marrielle. op. cit., p. 101-123.

⁴⁶ PERRONE-MOISÉS, Claudia. O princípio de complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal internacional e a soberania contemporânea. *Política Externa*, São Paulo, v. 8, nº 4, p. 3-11, mar. 2000. Cf. KREB, Claus. Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). op. cit., p. 125-147. Cf. RODAS, João Grandino. Entrega de nacionais ao Tribunal Internacional. *Revista CEJ*, Brasília, v. 4, nº 11, p. 31-35, ago. 2000. Cf. REZEK, José Francisco. Princípio da complementaridade e soberania. *Revista CEJ*, Brasília, nº 11, p. 65-70, ago. 2000. Cf. FONSECA, José Roberto Franco da. O Tribunal Penal Internacional permanente. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 281-293, 1999.

Internacional, com jurisdição complementar às jurisdições nacionais. Ao invés de conceber uma relação hierárquica, o Estatuto de Roma funda-se na complementaridade das jurisdições e no poder-dever dos Estados de julgarem os crimes cometidos sob sua jurisdição.

O Tribunal Penal Internacional é uma entidade independente da Organização das Nações Unidas, com sede em Haia, nos Países Baixos, que se reunirá em outro local, quando julgar necessário. Tem personalidade jurídica de direito internacional, podendo exercer as suas funções no território de qualquer Estado-parte ou, por meio da celebração de acordo específico, no território de qualquer outro Estado. É composto pela Presidência, pela Seção de Instrução, pela Seção de Julgamento em Primeira Instância, pela Seção de Recursos, pelo Gabinete do Procurador e pela Secretaria.

A Presidência incumbe-se da administração do Tribunal e é integrada pelo Presidente, pelo Primeiro e pelo Segundo Vice-Presidente. A Seção de Instrução conta com, pelo menos, seis juízes, mas contará, eventualmente, com três juízes ou com um único magistrado, para garantir maior rapidez às atividades que desempenham. A Seção de Julgamento em Primeira Instância dispõe, igualmente, de, pelo menos, seis juízes, sendo que cada julgamento terá a participação de três magistrados. Já a Seção de Recursos tem um presidente e quatro juízes, que atuarão em cada caso.

A Seção de Instrução aprecia os pedidos que lhe forem dirigidos para manter a liberdade individual ou reduzir o período de encarceramento. Incumbe-lhe analisar os fatos constantes da acusação e decidir se há provas suficientes para que o acusado seja levado a julgamento. Esse fato terá lugar em uma audiência que se destina a impedir o abuso de poder por parte do Procurador.

Na qualidade de órgão autônomo que atua com independência, o Procurador tem a função de colher informações sobre a prática de crimes previstos pelo Estatuto de Roma para iniciar as investigações e propor a ação penal. O Procurador e o Procurador Adjunto exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos, vedada a reeleição. A independência da Procuradoria pode ser afetada pela revisão das decisões por parte do Conselho de Segurança da ONU e pela necessidade de cooperação com os Estados. A Secretaria do Tribunal abriga uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas, que presta assistência a todos quantos testemunharem perante a Corte ou vierem a sofrer qualquer tipo de ameaça. Integram a Assembleia dos Estados-partes os representantes dos governos que ratificaram o Estatuto de Roma. Compete-lhe promover as linhas gerais de administração do Tribunal, examinar e aprovar o orçamento da Corte, alterar o número de juízes e tratar de assuntos relativos à não cooperação dos Estados.

O principal problema debatido durante a Conferência de Roma consistiu nos limites da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A jurisdição temporal do TPI iniciou-se, conforme o art. 11, 90 dias após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, que ocorreu em 1^a de julho de 2002. O Tribunal não se ocupará de nenhum crime cometido antes daquela data. Terá, contudo, jurisdição sobre o Estado-parte desde a ratificação do Estatuto, salvo na hipótese de acordo com o próprio Estado, quando poderá retroagir a período anterior, que não anteceda a 1^a de julho de 2002. Paira dúvida sobre a posição que o Tribunal adotará a respeito de crime continuado, cujo início remonte à época na qual o Estatuto de Roma ainda não existia. Estes crimes, tudo indica, não serão punidos devido à consagração nos arts. 22, 23 e 24 do princípio de que não há crime sem lei escrita, prévia e certa que o defina.

Alguns temas foram ardentemente discutidos na Conferência de Roma como, por exemplo, se a jurisdição do Tribunal a ser criado deveria ser universal ou limitada, automática ou dependente do consentimento do Estado, quem poderia provocar a jurisdição e qual o vínculo que a Corte manteria com o Conselho de Segurança da ONU. O art. 12 optou pela jurisdição limitada e impediu que os Estados escolhessem os crimes submetidos à apreciação do Tribunal. O TPI tem, do ponto de vista espacial, jurisdição para julgar os crimes perpetrados no território de um Estado-parte. A competência abrange a incitação ao genocídio efetuada com o concurso de meios de comunicação localizados em um país vizinho e a ordem para o aprisionamento de indivíduos no território de um Estado estrangeiro. É óbvio que, nesse caso, a jurisdição pressupõe a atitude cooperativa do país onde o crime ocorreu ou do Estado de nacionalidade do indivíduo. Importa salientar, a esse propósito, que o TPI exerce jurisdição sobre os nacionais de um Estado-parte, acusados pela prática de crime em sua própria pátria ou em um país alienígena.

Em virtude de acordo especialmente concluído, um Estado recebe jurisdição *ad hoc* para apurar crime verificado em seu território ou cometido por um dos seus nacionais. A jurisdição nascerá, também, quando o Conselho de Segurança notificar o Tribunal sobre fatos que podem configurar crime capitulado pelo Estatuto de Roma. Além da denúncia apresentada por um Estado-parte, ou pelo Conselho de Segurança, nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, o Procurador goza da faculdade de instaurar inquérito para investigar possíveis delitos. Reservou-se ao Conselho de Segurança a prerrogativa de postergar a abertura do inquérito ou o início do procedimento por um período de 12 meses, sujeito à renovação, com fundamento no Capítulo VII da Carta da ONU. Motivações políticas repercutem, assim, muitas vezes desfavoravelmente, nas atividades ordinárias do Tribunal.

As delegações rejeitaram, durante os trabalhos preparatórios, a tese do “duplo consentimento”, segundo a qual o TPI, antes de começar uma investigação, deveria consultar o Estado onde o crime foi perpetrado.⁴⁷ Predominou, afinal, o argumento da jurisdição automática, acusada por alguns governos de violar a soberania estatal. A tese do “duplo consentimento”, uma vez vitoriosa, teria o condão de privar o TPI de qualquer utilidade prática. O entendimento que prevaleceu timbrou por conferir-lhe jurisdição complementar à jurisdição nacional, permanecendo cada caso sujeito a um juízo de admissibilidade, requisito indispensável para as deliberações relativas ao mérito do pedido formulado.

O Tribunal agirá sempre que a Seção de Instrução concluir que o Estado não pode ou não deseja exercer a sua jurisdição para processar e julgar um crime que se insere no âmbito de suas atribuições. A falta de independência, a demora injustificada na condução do procedimento e a inaptidão do Poder Judiciário para desempenhar as funções que lhe são cometidas evidenciam a incapacidade do Estado para realizar a justiça penal. Vale referir que o princípio da jurisdição complementar suplanta a concepção tradicional de domínio reservado para o tratamento das questões pertinentes à proteção dos direitos humanos. Cabe ao Estado, desse modo, a tarefa primordial de prevenir e punir os delitos tipificados pelo Estatuto de Roma. Dita missão somente será transferida ao TPI se o Estado falhar na obediência a esse dever. A competência punitiva, nos moldes estabelecidos pelo Estatuto de Roma, é compartilhada não apenas entre os Estados, mas também com a comunidade internacional.

⁴⁷ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do Estado pelo Tribunal Penal Internacional*. 2009. 188 p. Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Os Estados Unidos assinaram o Estatuto de Roma em 31 de dezembro de 2000, mas o Presidente Bill Clinton não recomendou que o tratado fosse encaminhado ao Senado para aprovação, sob a alegação de que continha falhas significativas. A posição norte-americana deveu-se à relativa independência do Tribunal, diversamente dos Tribunais *ad hoc* para Ruanda e para a antiga Iugoslávia, na circunstância de que o Estatuto de Roma previu o crime de agressão e na possibilidade, outorgada ao Procurador, de iniciar investigações sem a prévia autorização do Conselho de Segurança da ONU. Os Estados Unidos firmaram com mais de 100 países acordos bilaterais de imunidade, admitidos pelo art. 98 do Estatuto, para evitar que militares ou funcionários públicos norte-americanos sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

A competência do TPI abrangerá somente os mais graves crimes internacionais. O tráfico de drogas e o terrorismo, temas aventados durante a Conferência de Roma, não foram contemplados pelo fato de que tais crimes constituem objeto de tratados específicos e por não terem sido considerados suficientemente graves a ponto de receberem previsão expressa. O Estatuto de Roma enuncia os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. A competência em apreço abarca o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

O crime de genocídio, que atenta contra a diversidade própria ao gênero humano, está associado aos horrores da Segunda Guerra Mundial, tendo sido objeto de reflexão, em 1944, pelo jurista polonês Raphael Lemkin. Foi tipificado pela Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948, como a conduta intencional para eliminar, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso.

O art. 6º do Estatuto de Roma aponta cinco comportamentos que podem configurá-lo, a saber: o homicídio de membros do grupo; as ofensas à integridade física ou mental de membros do grupo; a sujeição intencional do grupo a condições de vida destinadas a provocar a sua destruição física, total ou parcial; a imposição de medidas voltadas a impedir o nascimento no interior do grupo e a transferência forçada de crianças que a ele pertenciam. Encontra-se também tipificado o incitamento direto e público do crime de genocídio, que é dirigido ao público em geral, e não se confunde com a instigação, dirigida a um grupo determinado. A punição se aplicará mesmo que o crime não for efetivamente cometido. A natureza vaga do crime de genocídio suscitou a busca de critérios capazes de defini-lo com maior precisão. O genocídio se consuma, pelo emprego do critério quantitativo, sempre que o objetivo visar destruir uma parte substancial do grupo, ainda que não seja possível especificar um número previamente determinado. O Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia tende, por outro lado, a distinguir o genocídio dos crimes contra a humanidade pelo intento dos agressores e pela magnitude do delito. Assim, por exemplo, o deslocamento de centenas de milhares de muçumanos de regiões da Bósnia-Herzegovina por meio de atos que aterrorizavam a população e que foram batizados de limpeza *étnica* recebeu a qualificação de crime contra a humanidade, enquanto o massacre de cerca de sete mil pessoas na cidade de Srebrenica foi considerado genocídio em virtude da intenção dos seus autores. O crime contra a humanidade, por sua vez, é cometido no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo conhecimento desse ataque. O termo *generalizado* parece aludir à necessidade de que o crime seja cometido em um território amplo por certa quantidade de indivíduos; o vocábulo *sistemático* designa a organização e o planejamento que envolvem o ataque. Os crimes contra a humanidade são praticados em tempos de paz ou durante a eclosão de conflitos armados.

Recobre dez modalidades delituosas como: o homicídio; o extermínio, entendido como a sujeição intencional a condições de vida, entre as quais a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vistas a causar a destruição de uma parte da população; a escravidão, que é o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; a deportação ou transferência forçada de uma população, assim concebida a transferência coativa de pessoas através da expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional; a tortura, ou o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado, excluindo-se a dor ou o sofrimento resultantes unicamente de sanções legais; os crimes sexuais, aí incluídas a escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável, a perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional; o desaparecimento forçado de pessoas, o crime de *apartheid* e outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.

Os crimes de guerra são regulados tanto pelo direito de Haia, composto pelos acordos internacionais, firmados no decorrer da Conferência de Paz de 1907, que disciplinam a conduta dos beligerantes, quanto pelas Convenções e Protocolos de Genebra, celebrados para proteger as vítimas de conflitos armados. Essa categoria de delitos engloba também os atos hostis contra o pessoal das Nações Unidas em missão humanitária ou de manutenção da paz. Configuram crimes de guerra os delitos isolados, mesmo que não tenham caráter internacional. Essas circunstâncias não impedem que os Estados lancem mão dos expedientes necessários para preservar a ordem interna e defender a soberania nacional.

Após quase uma década de debate, as partes do Estatuto de Roma decidiram definir o crime de agressão, na Conferência que teve lugar em Kampala, Capital de Uganda, em junho de 2010. Uma pessoa comete crime de agressão quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão que por suas características, gravidade e escala constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas. A agressão abrange também o bloqueio de portos ou da costa marítima de um Estado por forças armadas estrangeiras, assim como a invasão ou ataque por forças armadas de um país contra o território de outro Estado. Concordou-se, na oportunidade, que o TPI exercerá jurisdição sobre o crime de agressão quando pelo menos trinta Estados tiverem ratificado a alteração concluída. Não obstante imperfeita, a definição de agressão acordada em Kampala é um extraordinário passo na luta contra a impunidade.

Os Estados-partes do Estatuto de Roma concordaram que, em 2017, o Conselho de Segurança da ONU poderá encaminhar casos de agressão ao Tribunal Penal Internacional para que sejam investigados e punidos governantes que tiverem praticado referido crime, independentemente do país a que pertençam ter aderido ao Estatuto. Se um Estado ou o Procurador remeter o caso ao TPI, será preciso averiguar se o Conselho de Segurança da ONU considerou ter ocorrido crime de agressão. Se o fato efetivamente sucedeu, a demanda terá curso normal. Se o Conselho de Segurança, transcorrido o período de seis meses, não se pronunciar sobre a matéria, a Seção de Instrução e Julgamento deliberará a respeito. Se o

Procurador for autorizado a investigar a possível agressão, o Conselho de Segurança dispõe da prerrogativa de bloquear a investigação.

A pena máxima que o tribunal aplica não deve exceder a 30 anos, mas em circunstâncias excepcionais é possível a aplicação da prisão perpétua no caso de crimes extremamente graves tendo em conta as circunstâncias pessoais do condenado. É perfeitamente cabível a aplicação de sanções de natureza civil traduzidas na reparação às vítimas e aos seus familiares.

As penas se aplicam a quaisquer indivíduos, independentemente de exercerem cargos públicos ou funções governamentais. Os chefes de Estado e de governo não estão, assim, isentos de penas.

Conforme o art. 88, os Estados-partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas pelo Capítulo IX do Estatuto de Roma. O art. 86 declara que os Estados-partes assumem o dever de cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. Esse dispositivo, diga-se de passagem, carece de maior eficácia pela ausência de sanção àqueles que o descumprirem. Visto que o TPI não julga indivíduos à revelia, é indispensável um procedimento que garanta a detenção do acusado, fato que impõe a ativa colaboração do Estado que o abrigue.

O Estatuto de Roma distinguiu a extradição da entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal Penal Internacional. Fruto de tratado concluído entre o Estado e o TPI, a entrega não exige a reciprocidade, como acontece com a extradição. Baseia-se no princípio da complementaridade, pedra angular do Estatuto de Roma. O art. 90 determina que, se um Estado-parte receber pedidos concorrentes de entrega do Tribunal e de um terceiro Estado, o Estado-parte requerido poderá optar entre satisfazer o pedido de entrega ao Tribunal ou de extradição ao terceiro Estado. O Tribunal alegará preferência somente se o Estado requerido não estiver obrigado por acordo de extradição com o terceiro Estado requerente ou em casos específicos nos quais o pedido concorrente for originário de um Estado-parte e a situação investigada já tiver sido admitida pela Câmara de Questões Preliminares. A preponderância do TPI, nesse caso, é corolário da jurisdição universal que possui e da incumbência de promover a justiça em prol da paz e da segurança internacional. O art. 91(2)(c) prevê que o Estado pode criar um procedimento em separado para a entrega de indivíduos ao TPI ou adaptar o procedimento de extradição existente. Convém lembrar, todavia, consoante o art. 89, que o procedimento da entrega não será mais restritivo que aquele consagrado à extradição.

O Estado tem a faculdade de recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio que lhe foi endereçado pelo TPI se tal pedido se reportar à produção de documentos ou elementos de prova que ponha em risco sua segurança nacional. É possível, ainda suspender uma medida de cooperação, a pretexto de que a execução da providência solicitada interfere no desenrolar de procedimento criminal instaurado no plano doméstico. Não terá seguimento o pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação do Estado terceiro para o levantamento da imunidade (art. 98). Situação idêntica resulta de acordos internacionais que enfatizam a necessidade do consentimento do Estado de envio para que uma pessoa seja entregue ao Tribunal. Bobbio assinala que a proteção dos direitos humanos se realiza por instrumentos que facilitam a promoção, o controle e a garantia desses direitos. Enquanto a promoção se preocupa em

estimular a adoção de novos direitos e aperfeiçoar os já existentes, o controle pretende verificar o grau de respeito que os Estados a eles devotam. Já a garantia se revela na criação de um órgão jurisdicional que atua, se necessário, contra o Estado na defesa dos cidadãos que tiveram os direitos violados.

6.5 Efeitos do aumento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias

Não houve, até agora, a necessária preocupação em coordenar, segundo uma diretriz comum, as várias jurisdições criadas. É digna de registro, a propósito, a independência que as caracteriza e a ausência de compatibilidade com os demais meios de solução de controvérsias. O método descentralizado de atribuir a órgãos distintos competência para a solução de disputas enseja a probabilidade de conflitos e sobreposições ao se considerar que a mesma controvérsia pode recair no âmbito de instâncias jurisdicionais diferentes.

A CIJ, cuja competência abrange, de forma ampla, a interpretação e aplicação do direito internacional terá, às vezes, jurisdição concorrente para conhecer os litígios referidos a outros tribunais especializados (o Tribunal Internacional do Direito do Mar ou o mecanismo de solução de controvérsias da OMC) ou as cortes regionais (a Corte de Justiça da União Europeia ou uma das cortes regionais de direitos humanos). A competência dos painéis e do Órgão de Apelação da OMC para resolver as disputas comerciais concorre, eventualmente, com os meios de solução de litígios previstos em acordos regionais (a Corte de Justiça das Comunidades Europeias, o Tribunal Andino ou o procedimento arbitral existente no NAFTA).⁴⁸

A complexidade das disputas internacionais recentes, identificada em múltiplas dimensões que sobrepõem os confins de uma perspectiva única, aliada à produção normativa vertiginosa, concernem, amiúde, a mais de um domínio do direito internacional. É perfeitamente possível que um ilícito comercial tenha consequências para o respeito às normas sobre a proteção dos direitos humanos e a preservação do meio ambiente, fator que poderá suscitar a propositura de demandas cujos julgamentos serão ora conflitantes, ora complementares. Mesmo que o objeto da demanda seja diverso, já que a primeira decisão se debruçará sobre o mérito do pedido e a segunda terá o escopo de verificar a regularidade do processo decisório, a matéria analisada, em algum momento, fatalmente coincidirá. Os problemas associados à concorrência entre as jurisdições não apresentam apenas uma dimensão relativa ao procedimento adequado para a resolução da contenda. A divisão do trabalho entre as cortes e tribunais encerra o desafio de avaliar a verdadeira natureza do direito internacional.

No que concerne a crimes como o genocídio, tortura e deslocamento forçado de populações provocado pelas políticas de purificação étnica, a Corte Internacional de Justiça terá que levar em conta a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia. Cada jurisdição poderá ainda proceder à interpretação das regras vigentes. Ao julgar o caso Tadic,⁴⁹ o Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia afastou-se do entendimento expresso pela Corte Internacional de Justiça no caso das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua. Seria danoso para a unidade do direito internacional que certos

⁴⁸ SHANY, Yuval. *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international. op. cit.*, p. 471.

temas como as condições de exercício da proteção diplomática ou as regras de imputação de um fato ilícito internacional a um Estado, ou mesmo as instituições costumeiras do direito do mar ou do direito internacional humanitário sejam objeto de interpretações diferentes e às vezes opostas. Discute-se, sob esse ângulo, se o direito internacional é um sistema coordenado ou a acumulação de regimes independentes, que não guardam conexão entre si. Seja como for, as tensões resultantes do conflito de jurisdição afetam a previsibilidade, a eficácia e a credibilidade do direito internacional.⁵⁰

O final do século XX e o início do século XXI amplamente testemunharam a expansão do número de cortes internacionais, que receberam competência para solucionar as disputas segundo a lógica do direito e não conforme as razões do poder. Houve também, nesse período, a ampliação da capacidade processual, que permitiu a outros sujeitos, inclusive aos indivíduos, o recurso às instâncias jurisdicionais de soluções de controvérsias. As cortes habitualmente fundamentam as decisões prolatadas em normas e princípios gerais de direito internacional, como acontece com as Cortes Europeias e Interamericana de Direitos Humanos.

Ganhou importância, ao mesmo tempo, em setores específicos, o reconhecimento da competência automática para solução dos litígios. O Instituto de Direito Internacional adotou, em reunião realizada em 1959, por unanimidade, uma resolução em favor da jurisdição compulsória dos tribunais internacionais. A resolução sublinhou que o apelo às cortes e à arbitragem são complementos essenciais da renúncia à força nas relações internacionais. Instou-se os Estados a inserirem nas convenções que viessem a subscrever cláusulas obrigando as partes a submeterem as disputas relativas à interpretação ou aplicação das respectivas convenções às cortes e tribunais existentes no plano internacional.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 afasta-se do modelo tradicional da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória constante no Estatuto da CIJ. Ela permite aos Estados optar, nos moldes do art. 287, pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar, pelo recurso à CIJ ou à arbitragem. O Órgão de Solução de Controvérsia da OMC, o Tribunal Penal Internacional, a Corte de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, após o Protocolo 11, ilustram o progresso da justiça internacional mediante o reconhecimento pelos Estados da competência automática para dirimir as controvérsias. Este é, porém, um avanço parcial pelo caráter limitado que apresenta. O Estado de direito na esfera internacional requer, necessariamente, a obrigatoriedade da jurisdição, até hoje um objetivo não alcançado de forma plena. Mas é preciso garantir a execução das decisões que, no caso da CIJ, colidem com um obstáculo poderoso: a inatividade do Conselho de Segurança quando se trata do interesse das grandes potências.

⁵⁰ SHANY, Yuval. op. cit., p. 10-11.