

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

AUGUSTO GUIMARÃES CARRIJO

**OS CONTORNOS LEGAIS DO PODER DE DECIDIR: UMA ANÁLISE
(CRÍTICA) SOBRE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A SUA
JURISDIÇÃO**

UBERLÂNDIA

2023

AUGUSTO GUIMARÃES CARRIJO

**OS CONTORNOS LEGAIS DO PODER DE DECIDIR: UMA ANÁLISE
(CRÍTICA) SOBRE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A SUA
JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia como
exigência parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Tatiana Cardoso Squeff.

UBERLÂNDIA

2023

AGRADECIMENTOS

Em meio ao formalismo e ao positivismo que permeiam a escrita de uma monografia (principalmente uma em direito!) eu gostaria de tecer estes agradecimentos utilizando músicas. O processo de escrita deste trabalho foi extremamente tortuoso, repleto de acontecimentos inesperados, prazos desafiadores e descobertas surpreendentes. Ao longo deste processo, no entanto, estive cercado de pessoas que fizeram toda a diferença na minha vida e de músicas que narravam este caminhar (que por vezes foi mais uma corrida de 100m rasos do que uma caminhada).

Inicialmente, eu gostaria de agradecer minha família. Minha mãe, Luciana (oi mãe!!), é a pessoa que permite com que eu persiga meus sonhos e que sai todos os dias de casa para trabalhar visando proporcionar para mim e para minha irmã o melhor futuro possível. Sem você nada disso seria possível, mãe. Eu te dedico a música *Força Estranha, Gal Costa*. Minha irmã, Maria Luiza, com quem eu tenho uma conexão que é impossível de se ter com qualquer outra pessoa do mundo, meu padrasto, Aurélio, quem sempre está presente independente de conexões de sangue, e meus avós, Regina e Roberto, que são os 2 principais integrantes do fã-clube Augusto Carrijo, muito obrigado por me apoiarem tanto, cada um de vocês da sua forma particular, e por acreditarem em mim (mais mesmo do que eu acredito). Meus tios maternos, Bruno, com quem eu sei que posso contar para o resto da vida, e Fabiana, quem me permite enxergar o mundo com outras lentes todas as vezes, e meus tios paternos, especialmente tio Vadim, que tanto me ajudou nos momentos que mais precisei, tia Ketty e tio Carlão, que são figuras que me transmitem segurança e conforto desde que nasci, muito obrigado por tudo. Para vocês, eu dedico *Family Reunion - Jill Scott*.

Além disso, eu gostaria de agradecer a pessoa sem a qual literalmente nada relacionado a este trabalho seria possível, minha orientadora, Tatiana. Tati, o que que eu posso dizer? Sem você esse sonho que eu tanto almejo hoje seria no máximo um “e se”. A minha admiração por você estoura tetos e invade o céu. Muito obrigado por ter acreditado em mim (nunca ter desistido) e por me proporcionar sonhar e viver tudo isso. Eu te dedico a música *The Best, Tina Turner*. Aos meus companheiros de direito internacional, competições e tudo mais, Laura e João Vitor, muito obrigado meus amigos, não só aprendi muito com cada um de vocês, mas vivi coisas que nunca esquecerei. Estes dois foram cruciais para que esta monografia ficasse pronta no prazo! Dedico-lhes *Fu-Gee-La, Fugees*. Ainda, a outros grandes companheiros de jornada acadêmica, Bianca, Andrey, Gabriel, José Victor, Marcela, meu muito obrigado pelo tanto que aprendi com cada um de vocês.

Agora, eu gostaria de agradecer à minha companheira de viagem mais íntima, Maria Fernanda, quem praticamente viveu esta monografia comigo e fez tudo ficar muito mais leve. Eu amo como as coisas fazem mais sentido quando compartilhadas com você e te agradeço por todo afeto (em todos os sentidos da palavra), amor e carinho. A você, meu amor, eu dedico *Inimaginável, Troy Ramalho*. Aos meus amigos de longa data, Ana Victória, Cassiel, Gabi Tomás, Gabi Mori, Guilherme, Luís Otávio e Matheus, eu agradeço demais todos os anos que passamos juntos pois, querendo ou não, eu sou um fruto de todas nossas interações (estudantis e, mais importante, sociais). Aos grandes amigos que construí na UFU, Aninha, Déborah, Igor, Laurinha, Laura Nicoli, Luíza, Paulo e Pedro, cada um de vocês é literalmente uma pessoa brilhante que mudou minha vida, muito obrigado!! Para meus amigos, *With a Little Help From my Friends, Joe Cocker*. À minha melhor amiga, Rúbia Zélia (que não merecia agradecimento, mas vai ganhar mesmo assim...), muito obrigado por ter construído comigo uma amizade tão fácil e tão sincera que fez toda a experiência universitária muito mais divertida. Infelizmente nossa amizade é para sempre. Para você, *I'M THAT GIRL, Beyoncé*. A meu casal de melhores amigos Duda e Ian, agradeço imensamente tê-los comigo a tantos anos!! É impressionante o tanto que nos damos bem. Eu admiro vocês de uma maneira gigantesca e espero contar com essa amizade para sempre. A vocês, *Casa no Campo, Elis Regina*.

Por fim, agradeço ao meu pai, que nos deixou em Agosto de 2021 por conta da pandemia do COVID-19. Dia 23 de Agosto fará 2 anos de sua morte. Embora não seja por meio deste que o agradecerei, eu registro aqui o homem que meu pai foi: bom, honesto, gentil, solidário, amoroso. Uma alma que é uma referência para mim e deveria ser para todos. Que seu legado de bondade seja perpétuo. Para mim foram muito marcantes dois artistas que meu pai gostava muito: Jack Johnson e Dido (mesmo sob protestos meus dizendo que Dido era ruim e Amy Winehouse era melhor.....). Para você, então, eu escolherei *Better Together, Jack Johnson*, pai. Pois não colocarei Dido aqui!!

RESUMO

A Corte Internacional de Justiça é o órgão judicial central das Nações Unidas e possui como objetivo central a solução de controvérsias jurídicas entre Estados. A Corte possui o potencial para julgar uma variada gama de temas e, conseqüentemente, para auxiliar no desenvolvimento do direito internacional em diversas áreas. Entretanto, para que os méritos de uma controvérsia possam ser decididos pela Corte é necessário que, primeiro, ela possua jurisdição sobre aquele caso. Assim sendo, o objetivo central desta monografia é compreender como a Corte aplica e interpreta as normas relativas à sua jurisdição, refletindo criticamente sobre possíveis inconsistências que são percebidas neste processo por meio da análise de suas sentenças desde a sua edificação. Para tanto, a hipótese com a qual se trabalha é de que, por razões políticas, a Corte seria inconsistente no manejo de questões ligadas à sua jurisdição, pois ela deixa de analisar os méritos de certos casos a depender de seu tema ou de suas partes. Esta discussão é feita dividindo-se a jurisdição em duas: a jurisdição fundacional e a jurisdição específica, cada qual discutida em um capítulo específico dessa monografia. Logo, no primeiro capítulo, analisa-se a jurisdição fundacional, cujo papel é governar as questões ligadas às normas estatutárias, como aquelas ligadas ao acesso à Corte e à existência de uma controvérsia jurídica. Já no segundo capítulo, estuda-se a jurisdição específica, que lida com o consentimento específico dos Estados para que um caso concreto seja analisado pela Corte. Para a realização da reflexão crítica são utilizadas as Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (TWAIL, na sigla em inglês). Quanto à metodologia, essa monografia não adotará meramente o método descritivo-analítico, senão também o histórico-crítico quanto à análise dos objetivos. Ademais, serão utilizadas uma abordagem dialética e as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Ao cabo, pode-se concluir que existem inconsistências no manejo empregado pela Corte em relação à sua jurisdição e que, de fato, é possível recolher evidências de que tais inconsistências sejam justificadas por fatores extralegais, muito embora esses estejam mais presentes em casos que discutem a jurisdição fundacional do que a jurisdição específica.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça; Jurisdição Fundacional; Jurisdição Específica; TWAIL; Fatores Extralegais.

ABSTRACT

The International Court of Justice is the central judicial body of the United Nations and its main objective is the solution of legal disputes between States. The Court has the potential to adjudicate on a wide range of issues and, consequently, to assist in the development of international law in many areas. However, for the merits of a dispute to be decided by the Court, it must first have jurisdiction over that case. Therefore, the main objective of this monograph is to understand how the Court applies and interprets the rules relating to its jurisdiction, critically reflecting on possible inconsistencies that are perceived in this process through the analysis of its sentences since its elaboration. To this end, the hypothesis is that, for political reasons, the Court would be inconsistent in handling issues linked to its jurisdiction, as it fails to analyze the merits of certain cases depending on their theme or their parts. This discussion is done by dividing the jurisdiction in two: the foundational jurisdiction and the specific jurisdiction, each one discussed in a specific chapter of this monograph. Therefore, in the first chapter, the foundational jurisdiction is analyzed, whose role is to govern issues relating to statutory norms, such as those regarding the access to the Court and the existence of a legal controversy. In the second chapter, the specific jurisdiction is studied, which deals with the specific consent of the States for a concrete case to be analyzed by the Court. To carry out the critical reflection, Third World Approaches to International Law (TWAIL) are used. As for the methodology, this monograph will not merely adopt the descriptive-analytical method, but also the historical-critical one regarding the analysis of the objectives. Furthermore, a dialectic approach and documentary and bibliographical research techniques will be used. In the end, it can be concluded that there are inconsistencies in the handling employed by the Court in relation to its jurisdiction and that, in fact, it is possible to gather evidence that such inconsistencies are justified by extralegal factors, although these are more present in cases that discuss foundational jurisdiction rather than specific jurisdiction.

Keywords: International Court of Justice; Foundational Jurisdiction; Specific Jurisdiction; TWAIL; Extralegal factors.

LISTA DE SIGLAS

AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas

CDI – Comissão de Direito Internacional

CERD – Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CPA – Corte Permanente de Arbitragem

CPJI – Corte Permanente de Justiça Internacional

CSNU – Conselho de Segurança das Nações Unidas

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

ICSFT – Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo

ITLOS – Tribunal Internacional Sobre o Direito do Mar

OCI – Organização para a Cooperação Islâmica

ONU – Organização das Nações Unidas

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

RFI – República Federativa da Iugoslávia

RSFI – República Socialista Federativa da Iugoslávia

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Jurisdição Fundacional

Tabela 2 – Casos relativos ao conflito dos Bálcãs

Tabela 3 – Problemas de Jurisdição Fundacional

Tabela 4 – Abordagens jurisdicionais relativas às cláusulas compromissórias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	14
2. JURISDIÇÃO FUNDACIONAL: BUSCANDO A AUTORIZAÇÃO ESTATUTÁRIA PARA ACESSAR A CORTE	21
2.1 <i>Quem pode ter acesso a Corte? Lições a partir de Gambia v. Myanmar e o argumento do ‘verdadeiro aplicante’</i>	23
2.2 <i>Determinando o consentimento fundacional: Reflexões a partir dos casos dos Balcãs entre 1993 e 2008</i>	29
2.3 <i>Determinando a existência de uma controvérsia jurídica para fins de jurisdição fundacional ratione materiae: a fórmula Mavrommatis e a inovação (i)legal do caso Ilhas Marshall v. Estados Nucleares</i>	43
2.4 <i>Jurisdição fundacional: Conclusão Parcial</i>	51
3. JURISDIÇÃO ESPECÍFICA: ATIVANDO AS FONTES JURISDICIONAIS PREVISTAS PELO ARTIGO 36	62
3.1 <i>O Compromisso: A fonte jurisdicional que repele objeções preliminares</i>	64
3.2 <i>A invocação de Cláusulas Compromissórias e a árdua tarefa de determinar se seu escopo jurisdicional abrange as reivindicações das partes</i>	67
3.3 <i>A cláusula opcional do artigo 36.2 do Estatuto: O complexo regime das declarações aceitando a jurisdição compulsória da Corte</i>	82
3.4 <i>Forum prorogatum: buscando o consentimento do respondente através de suas ações</i>	96
3.5 <i>Jurisdição específica: Conclusão Parcial</i>	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

Para o Direito Internacional, os Estados possuem uma obrigação de resolver suas controvérsias de maneira pacífica, sendo proibido recorrer ao uso da força em suas relações internacionais, ressalvadas as exceções previstas na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), como a legítima defesa (necessária, proporcional e imediata) e a autorização do Conselho de Segurança (ONU, 1945). Embora tal obrigação vincule a todos os membros da sociedade internacional como um todo (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1970, para. 34), a escolha relativa a qual mecanismo de solução pacífica de controvérsias utilizar pertence aos Estados, não sendo estes obrigados, sob o regime da Carta, a adotar um mecanismo em específico. Dentre as formas oferecidas pelo sistema ONU a todos aqueles Estados que o integram (e, inclusive, excepcionalmente, àqueles que não o integram), está a possibilidade de resolver suas disputas em um foro judicial internacional, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), cujo Estatuto é um anexo à sua Carta fundadora.

A CIJ é uma das Cortes Internacionais mais antigas e tradicionais de todas, sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), e conhecida como a Corte Mundial ou a Corte da ONU. A CIJ é regulada por seu Estatuto e por suas Regras, que ditam os parâmetros jurisdicionais e de funcionamento da Corte. Uma leitura de seus artigos 34 a 38, responsáveis por disporem sobre a competência da CIJ, revela que esta possui uma ampla jurisdição *ratione materiae*, sendo um dos únicos foros internacionais capazes de adjudicar sobre virtualmente qualquer tema de direito internacional (TOMUSCHAT, 2019, pp. 716-724).

Contudo, para acessar a Corte e ter um caso ouvido e julgado por esta, não basta que um Estado seja parte da ONU, e por consequência tenha aceitado o Estatuto da CIJ. É necessário que os requisitos jurisdicionais da Corte estejam satisfeitos, e que, portanto, ela tenha jurisdição para julgar o caso (CARRIJO; LOUREIRO, 2021, p. 307). Ainda, é necessário que a demanda introduzida pelo Estado seja admissível, não existindo razões para que a Corte decline o exercício de seu poder jurisdicional (SHANY, 2016, p. 129).

Estas questões, que devem ser sanadas antes que os méritos de um caso sejam analisados pela Corte, são chamadas de preliminares. Precisamente, esta monografia se debruçará sobre as questões relacionadas à jurisdição da Corte. As razões para tal seleção, são apresentadas a seguir.

À luz do discutido por Yuval Shany em *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, livro publicado em 2016, os dois campos que podem barrar preliminarmente a análise dos méritos de um caso perante uma Corte Internacional são: jurisdição e admissibilidade. Para o autor, jurisdição e admissibilidade podem ser diferenciadas enquanto “o poder de adjudicar” e “o poder de não exercer o poder de adjudicar”, respectivamente (SHANY, 2016, p. 131). Em sua essência, a presente pesquisa buscará analisar a maneira com a qual a CIJ lida com a primeira destas questões: o seu poder de adjudicar.

A razão para tal é que admissibilidade é definida de uma forma negativa, ao passo que jurisdição de uma forma positiva. Ou seja,

[...] a real distinção [...] seria se a objeção [preliminar] é baseada em, ou nasce de, uma cláusula jurisdicional, ou cláusulas sob as quais a jurisdição do tribunal está sendo justificada. Se [a objeção] é fundada em considerações que estejam fora do âmbito de qualquer cláusula jurisdicional [...] então será normalmente uma objeção sobre a [admissibilidade] do pedido (CIJ, 1963, p. 101 – tradução do autor).

Assim, pensar em admissibilidade é pensar em *todas* as razões pelas quais a Corte pode não exercer o seu poder jurisdicional, *que não sejam* aquelas já sanadas no momento da análise relativa à jurisdição. Isso faz com que um estudo a fundo do tema da admissibilidade em geral, sem nenhum recorte, seja contraprodutivo e abarque virtualmente todas as causas, conhecidas ou não, de inadmissibilidade. Portanto, para fins de entender como a CIJ aplica e julga objeções preliminares, esta pesquisa irá focar sua análise nos casos relativos à problemas jurisdicionais, que, como será exposto, são definíveis e, portanto, analisáveis.

Assim, portanto, define-se o objeto desta pesquisa e as próprias técnicas de pesquisa a serem aplicadas em termos de método de procedimento adotados para a produção deste texto, qual seja, a técnica documental, por meio do uso dos precedentes da Corte em apreço sobre *sua jurisdição*, assim como a técnica bibliográfica, através do uso de artigos e livros estrangeiros e nacionais que corroborem para as argumentações que aqui serão feitas e cuja seleção se deu a partir das palavras-chave desta monografia.

Ademais, salienta-se que, em termos metodológicos, essa monografia não adotará meramente o método descritivo-analítico, senão também o histórico-crítico quanto à análise dos objetivos. Isso, pois, realizar-se-á um recorte sob o ponto de vista do referencial teórico desde os estudos críticos de direito internacional, buscando ponderar se os motivos encontrados para negar seu poder jurisdicional perante certas ações judiciais pela CIJ se atrelam de alguma forma ao legado colonial remanescente na ordem internacional.

Afinal, sabe-se que o Direito Internacional, e suas ferramentas como as Cortes Internacionais, são frutos do encontro colonial, conforme postula Anthony Anghie (2005). Assim sendo, é possível concluir que seu regime legitima, reproduz e sustenta a pilhagem e a

subordinação do terceiro mundo (MUTUA, 2000, p. 31). No mundo pós-colonial, o colonizado se viu inserido na dinâmica universalizante do direito internacional, que possui tanto um efeito “imperializante”, quanto oferece ferramentas para uma tendência anti-imperialista (PAHUJA, 2005, p. 460). Já no presente século XXI, novas formas de imperialismo continuaram a se formar, como por exemplo a guerra ao terror lançada pelos Estados Unidos, objetivando a transformação de países do Oriente Médio em democracias “amantes da paz” (ANGHIE, 2006, p. 750), sob o falso argumento de ser algo inédito, que buscou legitimar tais atitudes dentro do direito internacional (OKAFOR, 2005). Por essas e outras razões, percebe-se que o uso do direito internacional para avançar políticas imperialistas segue persistente.

Em meio a este cenário, o estudo das Cortes Internacionais, e em especial o estudo de seus aspectos mais institucionais, faz-se essencial. Ciente da estrutura ordenadora da gramática do direito internacional, que faz com que os conceitos legais indeterminados ganhem significado através de sua enunciação no discurso legal internacional, conforme aponta Martii Koskeniemi (2006), e sabendo da existência enviesamento estrutural nas diversas instituições (KOSKENIEMI, 2006), incluindo na CIJ, é preciso adotar uma perspectiva que avance além da suposta descrição doutrinária. Se é possível afirmar que “[...] uma vez que se sabe qual instituição vai lidar com uma questão, já se sabe como ela será resolvida (KOSKENIEMI, 2007 – tradução do autor)”, enquanto juristas do terceiro-mundo, é importante resgatar o saber histórico para identificar as formas de poder implicadas em conceitos jurídicos e instituições internacionais (KOSKENIEMI, 2016). Aplicando estes preceitos para o presente tema, conclui-se que é crucial compreender como a CIJ aplica e interpreta seus requisitos jurisdicionais para investigar possíveis formas de poder implicadas neste processo, e assim, ter uma perspectiva relativa ao que esperar, e principalmente, não esperar, dela.

Além disso, destaca-se a ausência de obras feitas por autores brasileiros, ou escritas em português sobre o tema. Por mais que se encontra obras como a do Juiz Leonardo Nemer Brandt sobre a CIJ como um todo, são definitivamente mais raras as instâncias dedicadas a analisar com profundidade a sua jurisdição da CIJ. Portanto, justifica-se também a presente pesquisa nestas bases, buscando ampliar o catálogo de pesquisas brasileiras e propagar questões relativas à interpretação e a aplicação por parte da CIJ de suas questões jurisdicionais.

Diante da importância do presente tema, conforme acima exposto, a pergunta que guiará o presente estudo é: *Como a CIJ aplica e interpreta as normas relativas à sua jurisdição (a procura das eventuais inconsistências que estes processos podem gerar)?* Subsidiariamente, esta monografia analisará as possíveis inconsistências (caso existam) da Corte em meio a este processo de interpretação, à luz de suas normas e de sua jurisprudência, utilizando um olhar

crítico. Este olhar crítico, que partirá das TWAIL, será lançado especialmente sobre àquelas instâncias onde tenha ocorrido uma mudança de posicionamento *de facto*, uma decisão inédita, ou a introdução de um novo elemento.

Por sua vez, os questionamentos expostos visam comprovar ou refutar a hipótese de que por razões políticas a Corte Internacional de Justiça é inconsistente no manejo de questões ligadas à sua jurisdição. Nesse sentido, se supõe que a Corte deixa de analisar os méritos de certos casos, a depender de seu tema ou de suas partes, negando ou declinando sua jurisdição para tal. A sugestão que será explorada mais a frente é de que, visando proteger seu prestígio e sua legitimidade, a CIJ, enquanto instituição internacional inserida em meio à dinâmica do poder internacional, que é fruto de um direito internacional com raízes imperiais, e que opera conceitos jurídicos implicados por formas de poder, pode tender à negar sua jurisdição quando (1) Estados influentes e poderosos, principalmente do norte global, figuram no polo passivo e (2) a matéria do caso trata de um tópico dominante.

Quanto à estrutura, essa monografia será dividida em 2 partes, que seguirão a divisão proposta por Yuval Shany, para quem a jurisdição da CIJ se divide em fundacional e específica. Para tanto, antes de adentrarmos no desenvolvimento desta monografia, cumpre, ainda em sede de introdução, explicar como funciona esta divisão proposta entre *jurisdição fundacional e jurisdição específica*, que ordenará este trabalho.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), enquanto seu principal órgão judicial, deve ser funcionar de acordo com o seu Estatuto (CIJ, 1945, Art. 1). Este funcionamento, multifacetado desde sua origem, divide-se, convencionalmente, a partir dos cinco capítulos do Estatuto: Organização da Corte (artigos 2-33); Competência da Corte (artigos 34-38); Procedimento (artigos 39-64); Opiniões Consultivas (artigos 65-68); e Emendas (artigos 69-70). O capítulo que interessa – primordialmente – à presente pesquisa é o II (Competência da Corte).

Este capítulo está dividido em 5 artigos, que, essencialmente, podem ser resumidos da seguinte maneira: O artigo 34¹ estabelece que apenas Estados podem ser partes em casos perante a Corte e que, excepcionalmente, Organizações Internacionais podem auxiliar a Corte, provendo informações relevantes, e serem notificadas, quando seu instrumento constituinte ou alguma convenção internacional adotada sob este está sendo questionada em um caso. O artigo 35² estabelece, a partir de uma perspectiva fundacional, quais Estados podem acessar a Corte. O artigo 36³ centraliza ao redor de si as questões relativas à jurisdição específica da Corte,

¹ “Art. 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte. 2. Sobre (*sic*) as questões que lhe forem submetidas, a Corte, nas condições prescritas por seu Regulamento, poderá solicitar Informação, de organizações públicas internacionais, e receberá as informações que lhe forem prestadas, por iniciativa própria, pelas referidas organizações. 3. Sempre que, no Julgamento, de uma questão perante a Corte (*sic*), for (*sic*) discutida a interpretação de instrumento constitutivo de uma organização pública internacional ou de uma convenção internacional adotada em virtude do mesmo, o Escrivão dará conhecimento disso à organização pública internacional interessada e lhe encaminhará cópias de todo o expediente escrito.”

² “Art. 35. 1. A Corte (*sic*) estará aberta aos Estados que são parte no presente Estatuto. 2. As condições pelas quais a Corte (*sic*) estará aberta a outros Estados serão determinadas, pelo Conselho de Segurança, ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte (*sic*). 3. Quando um Estado que não é Membro das Nações Unidas for (*sic*) parte numa questão, a Corte fixará a importância com que ele (*sic*) deverá, contribuir para as despesas da Corte. Esta disposição não será aplicada, se tal Estado já contribuir para as referidas despesas.”

³ “Art. 36. 1. A competência da Corte abrange todas (*sic*) as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. 2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo (*sic*) especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. 3. As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por -prazo determinado. 4. Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte. 5. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo (*sic*) com o art. 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça pelo período em que ainda devem vigorar e

promovendo as regras fundamentais que ditarão se um caso em particular pode, ou não, ser analisado por esta. O artigo 37⁴ explica que aquelas referências à Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) em tratados ainda vigentes devem ser entendidas como referindo à Corte Internacional de Justiça. Por fim, o artigo 38⁵ estabelece as fontes de direito internacional a serem aplicadas pela Corte ao decidir as disputas a ela submetidas.

A partir do disposto convencionalmente no Estatuto e levando em consideração o problema de pesquisa desta monografia, encara-se um desafio preliminar: delimitar o escopo, ao menos provisório, do que é jurisdição perante a CIJ. Diante disso, percebe-se que as definições apresentadas pela doutrina, embora destoantes em certos aspectos, conversam em outros. Em geral, a jurisdição de cortes internacionais pode ser compreendida como uma forma particular de delegação de poder (SHANY, 2016, p. 27). Esta delegação de poder, no entanto, trata de um poder de tomar decisões e não necessariamente de um poder adjudicatório, pois a capacidade de adjudicar decorrerá de um consentimento específico a ser dado pelos Estados (SHANY, 2016, p. 27). Ou seja, os Estados, dotados de igualdade soberana⁶, confiam à um tribunal internacional o poder de tomar decisões, que inclui o poder de decidir que não possui a capacidade de adjudicar em determinado caso.

Com efeito, percebe-se um “duplo nível jurisdicional”. No âmbito da CIJ, para alguns autores, este duplo nível representa, precisamente, a diferença entre jurisdição e competência. Conforme a Juíza Hanqin Xue destaca, a escola francesa tende a entender jurisdição como os atributos gerais da função jurisdicional, enquanto competência como referente ao contexto concreto de um caso particular no qual os juízes exercem suas funções (XUE, 2015, p. 33).⁷ O Juiz Leonardo Brant, paralelamente, divide jurisdição como a capacidade geral e abstrata de julgar e competência como a autorização específica para que se possa exercer o poder jurisdicional em determinada controvérsia (BRANT, 2005, p. 222). Neste entendimento do juiz

de conformidade com os seus termos (*sic*). 6. Qualquer controvérsia sobre (*sic*) a jurisdição da Côte será resolvida por decisão da própria Côte.”

⁴ “Art. 37. Sempre que um tratado ou convenção em vigor disponha que um assunto deve ser submetido a uma jurisdição a ser instituída pela Liga das Nações, ou à Côte Permanente de Justiça Internacional, o assunto deverá, no que respeita às partes contratantes do presente Estatuto, ser submetido à Côte Internacional de Justiça.”

⁵ “Art. 38. 1. A Côte, cuja função é decidir de acordo (*sic*) com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Côte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

⁶ Conforme Art. 2.1 da Carta da ONU (ONU, 1945).

⁷ Essa tradição francesa pode ser vista no caso *Nuclear Tests*, em que a França atuou como respondente e alegou preliminarmente que a Corte era *não-competente* para lidar com as alegações dos Estados aplicantes (CIJ, 1974).

brasileiro, a CIJ pode gozar de jurisdição internacional, mas esta jurisdição pode carecer de competência para apreciar determinado caso.

Há quem argumente ainda que, no âmbito da CIJ, jurisdição seria o poder ou a capacidade da Corte de decidir um caso particular, ao passo que competência equivaleria à qualidade da Corte de examinar as reclamações submetidas pelos Estados (ROSENNE, 2006, p. 524). Nesta visão, competência teria um significado mais amplo que jurisdição, o que seria diametralmente oposto ao sugerido por Brant, por exemplo. Entretanto, a discussão *formal* ao redor da taxação dos dois níveis jurisdicionais enquanto competência e jurisdição têm pouca relevância prática perante a CIJ (KOLB, 2013, p. 211-212). Aquilo que realmente importa é seu conteúdo *material*. Estes dois níveis podem ser vistos como dois momentos diferentes, nos quais duas expressões de vontade separadas são feitas pelos Estados (SHANY, 2016, p. 22).

O primeiro momento é representado e governado por aquilo que Yuval Shany denomina de jurisdição fundacional. Esta é determinada, no caso da CIJ⁸, por um tratado multilateral, que serve como seu instrumento constitutivo – seu Estatuto. Ele delinea os limites de seus poderes jurisdicionais (*ratione personae e ratione materiae*) e introduz diversas condições que regulam tanto sua jurisdição específica em casos concretos, quanto o exercício desta jurisdição (questões de admissibilidade). Assim, entende-se que a jurisdição fundacional confere apenas sobre a CIJ um potencial poder – poder em *abstracto* – de adjudicar certas categorias de casos (SHANY, 2016, pp. 22-23).

O segundo momento é governado por aquilo que é nominado pelo citado autor de jurisdição específica. Esta seria o poder de fato (ou poder *concreto*) da CIJ em adjudicar qualquer disputa específica, a qual depende de uma autorização específica. Esta autorização sujeita-se a expressão da intenção – consentimento – das partes de determinado caso em utilizar a estrutura jurisdicional pré-existência da CIJ (SHANY, 2015, p. 24). Isto é feito ao acionar a Corte de uma maneira compatível com as condições estabelecidas pelo Estatuto e, por consequência, pela jurisdição fundacional.

A partir destas definições, percebe-se, então, que ambas as jurisdições se relacionam. A autorização fundacional é anterior à autorização específica concedida pelas partes do caso. Além disso, as partes de um caso não podem estender o poder jurisdicional da Corte para além de seu poder fundacional, conferido a esta por aqueles que a instituíram (SHANY, 2015, p. 25). Ora, uma disputa específica perante a CIJ acontece em um momento em que ela já opera

⁸ Alguns tribunais não são constituídos por tratados multilaterais, mas, por exemplo por resoluções do Conselho de Segurança da ONU, como o caso dos Tribunais Penais Internacionais ad hoc. Veja (CSNU, 1993; CSNU, 1994).

sob os termos de seu estatuto, acordados por aqueles que a fundaram. Não é permitido que seu estatuto seja extrapolado, pois este mesmo o proíbe (CIJ, 1945, art. 1). Portanto, tem-se uma hierarquia normativa entre os dois níveis; entre as duas jurisdições: a fundacional prevalece sobre a específica.⁹

Esta discussão pode ser encontrada no caso *Corfu Channel*, entre Reino Unido e Albânia, o primeiro caso julgado pela CIJ. Em sua opinião dissidente à decisão da Corte na fase de objeções preliminares, o Juiz *Ad hoc* Daxner estabeleceu uma diferença entre dois elementos: a habilidade de aparecer diante da Corte¹⁰ e a competência da Corte (CIJ, 1948b, p. 38). Assim, para ele, a palavra jurisdição teria dois significados, o primeiro sendo utilizado “para reconhecer a Corte como um órgão instituído para o propósito *jus dicere* e para adquirir a habilidade de aparecer diante dela” (CIJ, 1948b, p. 39 – tradução do autor¹¹) e o segundo “para determinar a competência da Corte, *i.e.*, para investir a Corte com o direito de resolver casos concretos” (CIJ, 1948b, p. 39 – tradução do autor¹²). Em concordância com a lógica aplicada por Daxner¹³, Fitzmaurice também estabelece sua divisão entre, primeiro, o campo geral de jurisdição, e segundo, a competência para ouvir e determinar casos particulares pertencendo à categoria a qual sua jurisdição geral se relaciona (FITZMAURICE, 1986, p. 109-110).

No entanto, se analisada com atenção, percebe-se que dentro da definição de Daxner, o primeiro significado de jurisdição englobaria não um, mas dois elementos: “para reconhecer a Corte como um órgão instituído para o propósito *jus dicere*” (primeiro) e “para adquirir a habilidade de aparecer diante dela” (segundo). Ora, o primeiro elemento do primeiro significado descrito por Daxner conversa diretamente com a definição de Brant de jurisdição – “pode-se considerar que a noção de jurisdição está vinculada à capacidade abstrata e geral de julgar controvérsias de ordem jurídica: *juris dicere*.” (BRANT, 2005, p. 202).

⁹ De fato, conforme elucidado pela própria Corte, questões relativas à sua jurisdição fundacional independem do consentimento – ou do acordo – das partes de determinado caso. Veja (CIJ, 2005; CIJ, 2007).

¹⁰ Esta habilidade de aparecer diante da Corte pontuada por Daxner não se confunde com o conceito de *standing*. A habilidade de aparecer diante da Corte representa o direito de acessá-la sob os arts 34 e 35 de seu Estatuto, ao passo que *standing* representa o interesse legal que determinados Estados podem, ou não, ter no objeto da controvérsia. Para mais sobre *standing*, ver (TAMS, 2005).

¹¹ No Original: “to recognize the Court as an organ instituted for the purpose *jus dicere* and in order to acquire the ability to appear before it”

¹² No original: “to determine the competence of the Court, *i.e.*, to invest the Court with the right to solve concrete cases.

¹³ Em seu livro “The Law and Procedure of the International Court of Justice”, Gerald Fitzmaurice cita diretamente o voto dissidente de Daxner, inclusive no corpo do texto, para estabelecer as bases de seu raciocínio (FITZMAURICE, 1986).

Ao mesmo tempo, o segundo elemento – “a habilidade de aparecer diante dela” – possui uma relação direta com a definição empregada por Shany à jurisdição fundacional. Isso pois, ao explicar esta habilidade, Daxner discorre que “[...] os Estados aceitaram a ‘jurisdição da Corte’, mas ninguém nunca foi da opinião de que isso deve ser entendido como um aceite da jurisdição compulsória da Corte para um caso concreto” (CIJ, 1948b, p. 39 – tradução do autor)¹⁴. Portanto, a colaboração de Shany, neste aspecto, pode ser vista como a substituição das aspas utilizadas por Daxner por um nome: aquilo que Daxner se refere como “jurisdição da Corte”, entre aspas no original, no âmbito do primeiro elemento, Shany chama de jurisdição fundacional. Conforme ambos pontuam, o aceite da jurisdição – *fundacional* – da CIJ não envolve *ipso facto* o reconhecimento da competência da Corte – ou, de sua *jurisdição específica*.

Disso decorre o segundo significado empregado por Daxner à palavra jurisdição. Este, na verdade, parece resumir toda exposição feita até aqui. O segundo significado, ou o segundo nível/segundo momento, representa o poder de adjudicar casos concretos a partir de um consentimento específico por parte dos Estados parte daquele caso. E isso representaria a competência da Corte – ou como Shany colocaria, a sua jurisdição específica.

Portanto, embora nominados diferentemente ou com descrições que não necessariamente conversam diretamente, a presente análise demonstra uma tendência a dividir a jurisdição da CIJ em duas: aquela abstrata, *fundacional*, que emana de seu estatuto e é governada diretamente por este, e aquela concreta, *específica*, que depende do caso concreto e da análise do consentimento das partes em ter aquela disputa adjudicada pela CIJ. Perante a Corte esta questão foi endereçada da maneira mais explícita nos casos relacionados ao conflito nos Balcãs. Estes, como será discutido no ponto 1.2, representam algumas das instâncias em que o tópico da jurisdição fundacional da CIJ foi mais discutido em toda a jurisprudência da Corte.

Sem prejuízo à discussão subsequente, destaca-se que em sua decisão de 2004 relativa às objeções preliminares no caso *Legality of Use of Force*, introduzido pela Sérvia e Montenegro contra os Estados aliados da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a CIJ diferenciou as questões jurisdicionais relacionadas ao consentimento específico de um

¹⁴ No contexto do caso *Corfu Channel*, a lógica empregada por Daxner, juiz *ad hoc* indicado pela Albânia, objetivava demonstrar que em sua carta de 2 de Julho, a Albânia havia reconhecido a jurisdição da Corte que a possibilitaria aparecer diante dela (uma forma de aceite fundacional/de adquirir a habilidade mencionada por Daxner no seu primeiro significado de jurisdição), mas que de maneira alguma havia reconhecido a competência da Corte (sua jurisdição específica) para analisar os méritos da disputa – opinião esta que não foi seguida pela maioria da Corte, que entenderam que através de sua carta a Albânia havia consentido com a jurisdição específica da CIJ para julgar aquele caso (CIJ, 1948).

Estado, da questão relativa ao direito das partes do caso em aparecer diante da Corte sob os requisitos do Estatuto:

A questão é se, legalmente, a Sérvia e Montenegro possuía o direito de acionar a Corte enquanto parte do Estatuto no momento em que instituiu os procedimentos nestes casos. A função da Corte de investigar o assunto e chegar a suas próprias conclusões é, então, mandatária sobre a Corte, independente do consentimento das partes, e não é de forma alguma incompatível com o princípio de que a jurisdição da Corte depende do consentimento (CIJ, 2005, para. 36).

Nesse sentido, a Corte entendeu que uma possível aquiescência por parte da Sérvia e Montenegro para com a jurisdição específica da CIJ não seria relevante para fins de compreender se este Estado possuía, ou não, o direito de acioná-la, pois esta análise pertenceria ao campo de sua jurisdição fundacional. Este raciocínio foi novamente afirmado na decisão de 2007 no caso *Bosnian Genocide*, entre Bósnia e Herzegovina e Sérvia e Montenegro:

Tal aquiescência, se estabelecida, pode ser relevante para questões de jurisdição consensual, e em particular jurisdição *ratione materiae* sob o artigo IX da Convenção sobre o Genocídio, mas não para a questão de se um Estado possui a capacidade sob o Estatuto de ser parte de procedimentos perante a Corte. Essa segunda questão pode ser considerada como um problema anterior a aquele da jurisdição *ratione personae* [...] diferentemente da maioria das questões de jurisdição, não é um problema relativo ao consentimento das partes. (CIJ, 2007, para. 102)

Sendo assim, a Corte não apenas confirmou a diferença entre as questões de jurisdição específica ou seja, que dependem do consentimento das partes do caso concreto, daquelas relativas à habilidade de determinados Estados de aparecerem perante a Corte sob os termos do Estatuto – jurisdição fundacional –, mas também confirmou a hierarquia entre elas, ao destacar a irrelevância do consentimento dos Estados no caso concreto (jurisdição específica) para questões fundacionais e ao repisar a anterioridade de uma, em relação a outra.

É a partir desta divisão que esta monografia e estrutura. Em um primeiro momento, no capítulo 1, serão discutidas questões relacionadas à jurisdição fundacional da CIJ, que perpassam pela autorização estatutária para acessar a Corte. E em um segundo momento, no capítulo 2, o presente trabalho se volta para a jurisdição específica da CIJ, analisando as fontes jurisdicionais previstas pelo artigo 36 do estatuto. Além disso, ao final de cada capítulo serão feitas conclusões parciais, visando concluir as análises explicativas feitas ao longo do capítulo e, além disso, realizar as reflexões críticas propostas pela monografia

Neste sentido, percebe-se que se adota o método dialético de abordagem para essa monografia, sendo a tese a ideia de que a Corte em seus julgamentos utiliza apenas de preceitos

legais, de uma maneira objetiva; a antítese o entendimento de que ela exerce um julgamento subjetivo, deixando se levar também por fatores políticos; e a síntese a conclusão que será atingida ao final.

2. JURISDIÇÃO FUNDACIONAL: BUSCANDO A AUTORIZAÇÃO ESTATUTÁRIA PARA ACESSAR A CORTE

Os artigos 34, 35 e 36 do Estatuto formam a base da jurisdição fundacional da Corte Internacional de Justiça. O artigo 34.1 estabelece que apenas Estados podem ser partes em casos perante a Corte e o artigo 35 e seus parágrafos, em conjunto com o artigo 93.2 da Carta da ONU¹⁵, delimitam quais Estados podem acessá-la. Em regra, conforme disposto pelo 35.1, a CIJ está aberta para todos Estados que são partes do Estatuto. Apesar disto, excepcionalmente, Estados que não são partes do Estatuto, mas que são membros da ONU, podem acessar a CIJ (CIJ, 1945, art. 35.2 e 35.3; ONU, 1945, art. 93.2). Nesse sentido, podem ter acesso à Corte, tanto os membros da ONU¹⁶, que por consequência são partes do Estatuto (ONU, 1945, art. 93), quanto aqueles que se encaixem nas exceções previstas pelo artigo 35.2 do Estatuto e pelo 93.2 da Carta da ONU.

No que tange aqueles Estados que não são partes do Estatuto, a Corte pode estar aberta a partir de condições a serem estipuladas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Estas condições estão descritas pela Resolução 9 adotada em 15 de Outubro de 1946, a qual estabelece que para acessar a Corte, um Estado não parte do Estatuto deve: (i) ter depositado previamente na Secretaria da Corte uma declaração de que aceita a jurisdição da Corte de acordo com a Carta das Nações Unidas, (ii) sujeitar-se às condições do Estatuto e Regras da Corte, e (iii) comprometer-se a cumprir de boa-fé a decisão ou decisões da Corte e a aceitar todas as obrigações de um Membro da ONU, nos termos do artigo 94 da Carta (CSNU, 1946). Tal declaração pode ser particular (e se relacionar a uma disputa ou disputas que já surgiram) ou geral (e se relacionar a todas as disputas ou a uma ou várias classes de disputas que já surgiram ou que possam surgir no futuro) (CSNU, 1946).¹⁷

¹⁵ Art. 93.2 - Um Estado que não for Membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em condições que serão determinadas, em cada caso, pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. (ONU, 1948a)

¹⁶ Atualmente, segundo o sítio eletrônico da Corte Internacional de Justiça, 193 Estados são membros das Nações Unidas, e portanto, podem acessar a Corte (CIJ, 2023a)

¹⁷ No passado, declarações particulares foram apresentadas pela Albânia (1947) e Itália (1953), e declarações gerais pelo Camboja (1952), Ceilão (atual Sri Lanka) (1952), República Federal da Alemanha (1955, 1956, 1961, 1965 e 1971), Finlândia (1953 e 1954), Itália (1955), Japão (1951), Laos (1952) e República do Vietnã (1952) (CIJ, 2023b). Em 4 de julho de 2018, a Palestina depositou na Secretaria da Corte uma declaração com a seguinte redação: “De acordo com a Resolução 9 (1946) do Conselho de Segurança de 15 de outubro de 1946, que estabelece as condições sob as quais a Corte estará aberta aos Estados não partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, adotado em virtude de seus poderes sob o Art. 35(2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o Estado da Palestina declara que aceita com efeito imediato a competência da Corte Internacional de Justiça para a solução de todas as controvérsias que possam surgir ou que já tenham surgido abrangidas pelo Art. I do o Protocolo Facultativo à Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas Relativas à Solução Obrigatória de Controvérsias (1961), ao qual o Estado da Palestina aderiu em 22 de março de 2018. Ao fazê-lo, o Estado da

Conforme comentado pelo Juiz Leonard Brant, as condições de acesso para os Estados que não são membros da ONU, mas que querem se tornar partes do Estatuto são praticamente idênticas às previstas na Resolução 9 de 1946 do CSNU (BRANT, 2005, p. 268). Conforme as determinações feitas pela Assembleia-Geral até o momento, estes Estados devem depositar junto ao Secretário-Geral da ONU um instrumento aceitando o Estatuto da CIJ e todas as obrigações de um membro da Organização sob o artigo 94 da sua Carta (AGNU, 1946).¹⁸ Ao se tornar parte do Estatuto, os Estados também devem participar das custas processuais da Corte, o que é endereçado também pelo artigo 35.3.

Já o artigo 36 do Estatuto, apesar de *prima facie* tratar da jurisdição específica da CIJ, delinea também a sua jurisdição fundacional *ratione materiae*. Embora exista uma autorização estatutária para que se discuta virtualmente qualquer questão de direito internacional perante a Corte, uma característica específica da CIJ é que esta autorização está condicionada ao fato de que a jurisdição contenciosa da CIJ está aberta apenas para casos que se traduzam em *controvérsias jurídicas*. É essencial para que a CIJ tenha jurisdição fundacional *ratione materiae* que exista entre as partes de qualquer procedimento uma controvérsia jurídica (SHANY, 2015, p. 69).

Conforme Shany discute, estes seriam os dois principais pontos se tratando de jurisdição fundacional perante a CIJ: questões de acesso (*ratione personae*) e a existência de uma controvérsia jurídica (*ratione materiae*) (2015, pp. 68-71). As questões de acesso, um elemento da jurisdição fundacional (SHANY, 2015, p. 67), corresponderiam à autorização dada pelos Estados à CIJ para ouvir casos contenciosos sob as regras estatutárias elucidadas acima, ou seja, como a regulação da identidade dos sujeitos internacionais que *podem vir a* investir a Corte com jurisdição específica posteriormente (SHANY, 2015, p. 68). E a existência de uma controvérsia jurídica reflete a limitação da jurisdição fundacional *ratione materiae*, estabelecendo que dentre todos os casos e tópicos que poderiam ser referidos à Corte, apenas aqueles que formem uma controvérsia jurídica, poderiam ser ouvidos (SHANY, 2015, p. 69).

Em sua jurisprudência, a CIJ confirma que, enquanto uma Corte de Direito, ela é chamada a resolver disputas existentes entre Estados (CIJ, 1974, para. 55).¹⁹ Em especial, a

Palestina declara que aceita todas as obrigações de um Membro das Nações Unidas sob o Art. 94 da Carta das Nações Unidas”. (CIJ, 2023b – tradução do autor).

¹⁸ A Suíça (a partir de 28 de julho de 1948), Liechtenstein (a partir de 29 de março de 1950), San Marino (a partir de 18 de fevereiro de 1954), Japão (a partir de 2 de abril de 1954) e Nauru (a partir de 29 de janeiro de 1988) caíram nesta categoria antes juntando-se às Nações Unidas (CIJ, 2023b)

¹⁹ “A Corte, enquanto Corte de direito, é chamada a resolver questões existentes disputas entre Estados. Assim, a existência de uma controvérsia é a condição primordial para que a Corte exerça sua função judicial; não é suficiente que uma das partes afirme que existe uma controvérsia, uma vez que “se existe uma controvérsia internacional é uma questão de determinação objetiva” pela Corte.” (CIJ, 1974, para. 55) No contexto do caso

Corte afirma que tem jurisdição sobre controvérsias jurídicas que podem surgir entre aqueles que sejam parte de seu Estatuto, sendo este elemento uma condição sem a qual não possui jurisdição (CIJ, 2016a, para. 33).

Neste sentido, a CIJ dispõe que sem a existência de uma controvérsia jurídica, mesmo que elementos de sua jurisdição específica estejam presentes no caso concreto, ela não possui jurisdição (fundacional) e não pode analisar os méritos de um caso. Ademais, no que tange o elemento pessoal, a CIJ já confirmou que, primeiro, ela precisa examinar se os Estados preenchem os requisitos estabelecidos pelos artigos 34 e 35, para entender se estes podem acessá-la. Apenas se a resposta for positiva, então, as questões específicas dos artigos 36 e 37 adquirem relevância (CIJ, 2004a, para. 46).

Portanto, o presente capítulo se dedicará em analisar estes dois elementos centrais para a jurisdição fundacional: questões de acesso e questões sobre a existência de uma controvérsia jurídica. Assim, inicialmente, uma investigação será conduzida no que tange a jurisdição fundacional *ratione personae*, dividida em seus dois principais elementos, quais sejam, *ser* um Estado e *ter* acesso à Corte, e após, em relação à jurisdição fundacional *ratione materiae*.

Vejam os de maneira esquematizada:

Tabela 1 – Jurisdição Fundacional

<i>Aspecto</i>	<i>Requisito</i>	<i>Artigo relevantes do Estatuto</i>	<i>Subitem da monografia no qual será abordado</i>
Ratione Personae	Ser um Estado	34.1	1.1
	Ter acesso à Corte	35	1.2
Ratione Materiae	Existência de uma controvérsia jurídica	36.2	1.3

Fonte: elaboração própria.

2.1 Quem pode ter acesso a Corte? Lições a partir de *Gambia v. Myanmar* e o argumento do “verdadeiro aplicante”.

Apenas Estados podem ser partes em casos perante a CIJ (CIJ, 1945, art. 34.1). Em geral, esta regra estatutária não tem causado dificuldades reais para a Corte ao que foi pensado para ela. Embora indivíduos e organizações não-governamentais enviem petições para a Corte,

Nuclear Tests, a seguinte passagem foi ofertada pela Corte para basear sua decisão final de que o objeto da demanda dos Estados aplicantes havia se extinguido e que, portanto, a Corte não mais precisaria dar uma decisão meritosa. Embora a CIJ não tenha sido pela falta de jurisdição, entende-se que na frase inicial desta passagem a Corte dialoga com seus critérios jurisdicionais. Para uma conclusão similar, ver (BRANT, 2005, p. 264).

seja por desconhecer sua jurisdição *ratione personae*, seja como uma maneira de se manifestar politicamente, nestes casos o Secretário os responde informando que seus pontos não podem ser endereçados para a CIJ (TOMUSCHAT, 2019, p. 784). Além disso, embora Organizações Internacionais possam cumprir papéis auxiliares nos casos perante a Corte, como aqueles previstos pelos parágrafos 2 e 3 do artigo 36, é certo que a jurisdição *ratione personae* da CIJ não abarca a possibilidade de estas figurarem no polo ativo ou passivo de uma demanda contenciosa.²⁰

Entretanto, a decisão da Corte relativa à fase de objeções preliminares no caso *Gambia v. Myanmar* de 2022²¹, contou com uma discussão que questiona a facilidade com a qual este tópico vem sendo tratado. Este caso, oficialmente chamado de *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, trata de alegações introduzidas pelo Estado da Gâmbia relativas ao suposto cometimento de genocídio por parte de Myanmar contra o grupo Rohingya em seu próprio território. Durante a fase de objeções preliminares, o primeiro argumento do Estado respondente, Myanmar, era de que o verdadeiro aplicante do caso era a Organização para a Cooperação Islâmica (OCI), e logo, que a Corte não teria jurisdição fundacional à luz do artigo 34 (CIJ, 2022b, para. 115).

O problema foi levantado pois a Gambia havia recebido doações de vários Estados membros do Fundo Solidário Islâmico para contribuir no custeio de sua ação perante a CIJ (CIJ, 2022b, para. 37). Ainda, a Gambia afirmou que trazia o caso “agindo em nome dos 57 Estados membros da OCI (CIJ, 2022b, para. 37)”. Assim, Myanmar argumentou que, à luz destes fatos, a Gambia havia agido enquanto “um órgão, um agente ou uma *proxy* (CIJ, 2022b, para. 36; 43)” da organização. Em resposta, a CIJ analisou as condições de sua jurisdição fundacional *ratione personae* e concluiu que a Gambia preenchia os requisitos necessários – o que era óbvio, já que a Gambia é um Estado parte do Estatuto. A Corte afirmou que:

[...] o fato de um Estado ter aceitado a proposta de uma organização intergovernamental da qual é membro para apresentar um caso perante a Corte, ou de ter procurado e obtido apoio financeiro e político de tal organização ou seus membros

²⁰ Conforme pontua Brant (2005, p. 265), “Embora a CIJ, na opinião consultiva relativa ao caso da Reparação dos Prejuízos Sofridos a Serviço das Nações Unidas, tenha reconhecido a personalidade jurídica internacional das Organizações Internacionais, é pacífico admitir que nem mesmo um tratado prevendo o encaminhamento à CIJ de uma controvérsia contenciosa entre um determinado Estado e uma Organização Internacional poderia originar o estabelecimento da competência da Corte”.

²¹ Destaca-se que a principal discussão neste caso girou ao redor do *standing* da Gambia para introduzir a demanda, o que acabou ofuscando o debate relativo ao ‘verdadeiro aplicante’. Quanto à discussão do *standing*, destaca-se que a Corte concluiu que a Gambia possuía *standing* para trazer suas demandas contra Myanmar com base na caracterização das obrigações da Convenção sobre o Genocídio como obrigações *erga omnes partes*. Para mais, veja: (CIJ, 2022b).

ao instaurar este processo, não diminui seu status enquanto aplicante perante a Corte. (CIJ, 2022b, para. 44)

Bem, sabe-se que “o julgamento da Corte é um pronunciamento legal, e que não pode se preocupar com motivações políticas que podem levar um Estado em um momento particular, ou em circunstâncias particulares, a escolher a solução judicial” (CIJ, 1988, p. 91). Contudo, quando analisado atentamente, parece que a Corte perdeu a oportunidade de discorrer sobre a substância de sua jurisdição fundacional *ratione personae* e, ao invés disso, decidiu focar em uma abordagem mais formalista. Conforme a juíza Xue apontou em seu voto separado, na administração da justiça, a Corte deve garantir que os princípios da adjudicação internacional sejam observados, tanto em *forma* quanto em *substância* (CIJ, 2022c, para. 9). Aliás, ao discorrer sobre as razões pelas quais uma análise substantiva seria importante, a juíza traz argumentos importantes.

Xue pontua que caso um aplicante agisse de fato em nome de uma organização internacional, embora formalmente iniciando um caso em nome próprio, o respondente seria colocado em uma posição desvantajosa perante a Corte (CIJ, 2022c, para. 10). Isso é ilustrado, por exemplo, pela nacionalidade dos juízes e a consequente possibilidade de se submeter um juiz *ad hoc*²²: Como um respondente estaria em um igual condições a um aplicante se este agisse em nome de uma organização que possui diversos estados membros, e que, portanto, estaria representada por diversos juízes nacionais destes estados membros? Ora, se quando um Estado possui um juiz de sua nacionalidade compondo a Corte, o outro Estado parte de determinado caso possui o direito de indicar um juiz *ad hoc*, o que fazer quando, indiretamente, uma das partes do caso tivesse diversos juízes em atividade perante a Corte?

Conforme o raciocínio de Xue, “com a organização à sombra, a desigualdade das partes pode estar ocultada na composição do Corte, ferindo o princípio da igualdade das partes, um

²² Conforme postula o art. 31 do Estatuto: Art. 31. 1. Os juizes da mesma nacionalidade de qualquer das partes conservam o direito de funcionar numa questão julgada pela Côrte (*sic*). 2. Se a Côrte (*sic*) incluir entre os seus membros um juiz de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá escolher uma pessoa para funcionar como juiz. Essa pessoa deverá, de preferência, ser escolhida entre os que figuraram entre os candidatos a que se referem os arts. 4 e 5. 3. Se a Côrte não incluir entre os seus membros nenhum juiz de nacionalidade das partes, cada uma destas poderá proceder à escolha de um juiz, de conformidade com o parágrafo 2 dêste (*sic*) art.. 4. As disposições dêste (*sic*) art. serão aplicadas aos casos previstos nos art.s 26 e 29. Em tais casos, o presidente solicitará a um ou, se necessário a dois dos membros da Côrte integrantes da Câmara, que cedam seu lugar aos membros da Côrte de nacionalidade das partes interessadas, e, na falta ou impedimento destes (*sic*), aos juízes especialmente escolhidos pelas partes. 5. No caso de haver diversas partes interessadas na mesma questão, elas serão, para os fins das disposições precedentes, consideradas como uma só parte. Qualquer dúvida sobre (*sic*) êste (*sic*) ponto será resolvida por decisão da Côrte. 6. Os juízes escolhidos de conformidade com os parágrafos 2, 3 e 4 dêste (*sic*) art. deverão preencher as condições exigidas pelos art.s 2, 17 (parágrafo 2), 20 e 24, do presente Estatuto. Tomarão parte nas decisões em condições de completa igualdade com seus colegas.

dos princípios fundamentais da Corte para a solução de controvérsias” (CIJ, 2022c, para. 10 – tradução do autor). Um diálogo interessante pode ser extraído a partir de uma comparação com o artigo 22 das Regras do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (ITLOS, na sigla em inglês), que prevê em seus parágrafos 3 e 4:

Art. 22[...]

3. Quando uma organização internacional for parte num caso e houver no tribunal um juiz da nacionalidade de um Estado membro da organização, a outra parte pode escolher um juiz *ad hoc*.

4. Quando dois ou mais juízes do tribunal forem nacionais de Estados membros da organização internacional em questão ou dos Estados patrocinadores de uma parte, o Presidente poderá, após consulta às partes, solicitar que um ou mais desses juízes se retirem da composição do tribunal para aquele caso (ITLOS, 1997 – tradução do autor).

Seguindo a lógica deste Tribunal, quando dois ou mais juízes são nacionais de Estados membros de uma organização, o juiz presidente pode, então, solicitar que um ou mais destes juízes se retirem da composição da Corte para aquele caso em específico. É claro que considerando que apenas Estados podem acionar a CIJ, em suas regras não é possível encontrar um paralelo para o artigo 22 das regras do ITLOS. Todavia, esse exercício provoca a reflexão quanto à substância da jurisdição fundacional *ratione personae* da CIJ. O seu aspecto formal, como apontado acima, é mais evidente; porém tratar seu aspecto material de forma superficial pode implicar em consequências que subestimem o direito do respondente a um devido processo legal, como pontuou Xue.

Se analisados com atenção, os argumentos de Myanmar levam em consideração os *Draft Articles* da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre a responsabilidade de organizações internacionais (CDI, 2011a). Em seu memorial de 2021 sobre objeções preliminares, Myanmar afirma que os *Draft Articles* são totalmente irrelevantes para este caso, pois o debate não se centraria em entender se a OCI seria responsável pelos atos da Gambia (CIJ, 2021b, para. 180). No entanto, essa posição pode ser vista como uma reação à jogada do time jurídico da Gambia que, em 2019, tentou argumentar que não agiu sob o controle efetivo da OCI.²³ Ao fazer isso, a Gambia trouxe a discussão para o campo do artigo 7 dos *Draft Articles*, que trata sobre o controle efetivo.²⁴

²³ Em sua sustentação oral, o Estado da Gambia declarou que: “*L’agent de la Gambie qui signe la requête est le ministre de la justice de ce pays. Il en est l’organe ; il n’a pas été mis à la disposition de l’OCI et n’a pas agi sous le contrôle effectif de cette organisation, pas plus qu’il n’en est le mandataire. Aucun document vous ayant été soumis ne permet de soutenir que l’OCI est en droit de confier des mandats («proxy») à l’un de ses membres, ni qu’elle l’aurait fait en l’espèce* (CIJ, 2019b).”

²⁴ O art. 7 dos *Draft Articles* sobre a Responsabilidade de Organizações Internacionais estabelece que: “*The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal*

O objetivo de Myanmar era demonstrar, não que a Gambia agia sobre o controle efetivo da OCI (embora Myanmar entendesse que isso também fosse verdade), mas sim que a Gambia em si era um órgão ou um agente da OCI.²⁵ Durante sua sustentação oral de 21 de Fevereiro de 2022²⁶ o primeiro representante/agente para Myanmar arguiu que a Gambia estaria agindo como um Estado *proxy* da OCI, a qual a havia instruído a trazer um caso perante a Corte. Em consequência, considerando que a OCI não poderia ela mesma introduzir o caso, a CIJ não poderia permitir que ela contornasse essa restrição utilizando-se de um Estado *proxy* para instituir os procedimentos contra Myanmar.

Para chegar nesta conclusão, o agente afirmou que esta seria uma questão de fato; de *substância* e não meramente de forma, ou *procedimental*. Isso é compreensível na medida em que o argumento recai sobre o perigo de ter um aplicante substancialmente diferente daquele formalmente apresentado, que está sendo usado como *proxy*. Sob essa lógica, o aplicante formal é, de fato, irrelevante. Assim, chega-se a conclusão que, em algum momento, seria

of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct” (CDI, 2011a, art. 7). Ao lidar com controle efetivo no passado, a CIJ destacou em 2007, na decisão dos méritos do caso *Bosnian Genocide*, a importância de evidências de que instruções diretas para cometer o ato ilícito foram emitidas pela parte exercendo o controle em cima da parte controlada (CIJ, 2007a, para. 413). Ademais, ao discutir a atribuição dos atos do grupo *Contras* para os Estados Unidos na fase dos méritos do caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ela concluiu que: “A participação dos Estados Unidos, ainda que preponderante ou decisiva, no financiamento, organização, treinamento, abastecimento e equipamento dos *Contras*, na seleção de seus alvos militares ou paramilitares e no planejamento de toda a sua operação, ainda é insuficiente por si só, com base nas provas de que dispõe a Corte, a fim de atribuir aos Estados Unidos os atos cometidos pelos *Contras* no curso de suas operações militares ou paramilitares na Nicarágua. Todas as formas de participação dos Estados Unidos mencionadas acima, e mesmo o controle geral pelo Estado respondente sobre uma força com alto grau de dependência dele, não significariam em si, sem provas adicionais, que os Estados Unidos dirigiram ou executaram a perpetração dos atos contrários aos direitos humanos e ao direito humanitário alegados pelo Estado aplicante. Tais atos poderiam muito bem ser cometidos por membros dos *Contras* sem o controle dos Estados Unidos. Para que esta conduta pudesse ensejar a responsabilidade legal dos Estados Unidos, seria necessário, em princípio, provar que esse Estado tinha o controle efetivo das operações militares ou paramilitares no decorrer das quais foram cometidas as supostas violações (CIJ, 1986, para. 115).”

²⁵ Os *Draft Articles* descrevem um órgão e um agente da seguinte maneira em seu segundo art.: “(c) *organ of an international organization*” means any person or entity which has that status in accordance with the rules of the organization; (d) “*agent of an international organization*” means an official or other person or entity, other than an organ, who is charged by the organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions, and thus through whom the organization acts” (CDI, 2011a). Ao mesmo tempo, em seu art. 6 trata da atribuição das ações destes: “*Article 6 - Conduct of organs or agents of an international organization 1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization. 2. The rules of the organization apply in the determination of the functions of its organs and agents*”(CDI, 2011a).

²⁶ Ressalta-se que as inconsistências no posicionamento de Myanmar podem ser reflexos do Golpe de Estado ocorrido em 2021, que acarretou a substituição de seu time jurídico perante a CIJ por um novo. Após um longo período de regime militar, Myanmar era governado por Aung San Suu Kyi desde 2015. Ela era a líder de Myanmar durante a fase de medidas provisórias em 2019 e até falou perante a Corte. Após as eleições de 2020, o exército deu um golpe de estado em fevereiro de 2021 e voltou ao poder. Para saber mais sobre a política interna da última década de Myanmar veja (ZAHED; JENKINS, 2022).

necessária uma análise de fato sobre se o Estado está ou não atuando como *proxy* do “verdadeiro aplicante”.

Por outro lado, a posição apresentada pela Gambia nos procedimentos orais de 2022 se traduziu inicialmente em apontar que o argumento de Myanmar não possuía qualquer base legal, nem qualquer precedente de outra Corte ou Tribunal. Ademais, a Gambia argumentou que aquilo que motiva uma parte a iniciar um caso é completamente irrelevante para fins de Direito e, portanto, a tese de Myanmar relativa ao porquê a Gambia não seria o verdadeiro aplicante, que depende de uma análise relativa às motivações do aplicante, não se sustentaria.

Sem prejuízo à decisão da CIJ de que, no caso específico *Gambia v. Myanmar*, a Gambia não seria um Estado *proxy* de uma organização internacional, é válido dizer que os argumentos feitos por ambos os lados deixam questões abertas para fins da jurisdição fundacional *ratione personae* da Corte sob o artigo 34.1. Qual seria o *standard* a ser utilizado para determinar se um Estado está agindo enquanto um órgão ou agente de uma organização internacional (ou qualquer outro ator não-estatal) a ponto de ser considerado um Estado *proxy* perante a Corte? Considerando que os *Draft Articles* da CDI não lidam com essa relação para fins de jurisdição da CIJ, mas sim para fins de responsabilidade internacional²⁷, se nenhuma resposta for ofertada pela Corte, assim como o feito neste caso, o assunto resta aberto.

Este tópico aberto, combinado com as observações feitas pela juíza Xue, destacam que a Corte não respondeu à questão levantada pelo respondente de maneira satisfatória e, assim, deixou de evitar futuras consequências prejudiciais. Talvez, no caso em questão, tenha ficado claro que a Gâmbia não era um Estado *proxy* da OCI e, portanto, nenhuma análise profunda foi necessária. Entretanto, isso não anula o fato de que isso pode acontecer no futuro e que as consequências podem ser geradas pela atuação de um aplicante agindo de má fé.

Para além da discussão relativa ao verdadeiro aplicante, cumpre destacar que em instâncias especiais a Corte precisa examinar a identidade da entidade aplicante (DUPUY; HOSS, 2019, p. 668-669). Isso é, em determinados casos existe uma incerteza quanto a se os supostos aplicantes realmente representam o Estado que dizem representar. Por exemplo, quando Honduras enviou uma petição para a CIJ contra o Brasil relativa a questões de relações diplomáticas, a Corte precisou determinar se os representantes do novo Governo hondurenho, que eram contestados pelo antigo como ilegítimo, possuíam poderes representativos no plano internacional (DUPUY; HOSS, 2019, p. 668-669). A CIJ eventualmente aceitou a petição do novo Governo e, portanto, implicitamente reconheceu o novo Governo e seu poder de instituir

²⁷ Sobre o assunto, cf. o exemplo da Nigéria no caso ECOWAS veja (SQUEFF; ROSA, 2014).

procedimentos em nome do Estado de Honduras. No entanto, o caso foi removido da lista após um pedido feito por Honduras menos de um ano depois da petição inicial (CIJ, 2010).

Tendo superado esta questão, passa-se agora para o segundo requisito conectado à jurisdição fundacional *ratione personae* da CIJ: o acesso do Estado à Corte. Como visto no presente subitem, para que se acesse a Corte é necessário que a parte litigante seja um Estado. Entretanto, para além de ser um Estado, este deve ter consentido perante tal jurisdição fundacional, e este procedimento será discutido a seguir.

2.2 – Determinando o consentimento fundacional: Reflexões a partir dos casos dos Balcãs entre 1993 e 2008

O artigo 35.1 do Estatuto define que a CIJ somente está aberta para aqueles Estados que consentiram com sua jurisdição fundacional, isto é, aqueles Estados que são partes do Estatuto (CIJ, 1945, art. 35.1). Excepcionalmente, aqueles que se submeteram à sua jurisdição através de uma declaração à luz do artigo 35.2 ou do artigo 93.2 da Carta da ONU, também podem acessar a Corte como avultado anteriormente.

Em especial, o artigo 35.2 do Estatuto menciona que “As condições pelas quais a Corte estará aberta a outros Estados serão determinadas, pelo Conselho de Segurança, *ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes*; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte (*sic*).” (CIJ, 1945, art. 35.2 – destaque nosso). A razão para inclusão desta frase em destaque (i.e., “*ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes*”) desde o Estatuto da CPJI foi para abarcar os casos dos tratados de paz Pós-Primeira Guerra Mundial, dos quais alguns Estados que não eram membros da Liga das Nações poderiam ser partes de um caso perante a CPJI (ZIMMERMANN, 2019, p. 704). Consequentemente, quando o artigo foi transplantado para o Estatuto da CIJ, entendeu-se que essa cláusula englobaria apenas aqueles tratados anteriores *já* em força entre as partes de um caso concreto (ZIMMERMANN, 2019, p. 705).

Os casos decorrentes do conflito nos Balcãs na década de 90 ilustram questões chaves relativas à jurisdição fundacional *ratione personae* da CIJ e sua relação direta com o artigo 35. Estes são: (i) o caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bósnia e Herzegovina v. República Federativa da Iugoslávia/Sérvia e Montenegro), com decisões em 1996 e 2007; (ii) os vários casos *Legality of Use of Force* (Sérvia e Montenegro v. Estados da OTAN) com decisão em 2004; e (iii) o *Application of the*

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croácia v. República Federativa da Iugoslávia/Sérvia e Montenegro/Sérvia), com decisões em 2008 e 2015.

Com a dissolução da República Socialista Federativa da Iugoslávia (RSFI), novos Estados, recém-independentes, surgiram, como a Bósnia-Herzegovina (em 22 de maio de 1992), a Croácia (em 25 de junho de 1991), a Eslovênia (em 25 de junho de 1991) e a Macedônia (em 17 de setembro de 1991). Todos estes Estados foram admitidos como membros da ONU logo após sua independência. A República da Sérvia e a República de Montenegro, por outro lado, adoraram uma declaração em 27 de abril de 1992 dizendo que continuariam no Estado da Iugoslávia, através da (nova) República Federativa da Iugoslávia (RFI), que seria sucessora da República Socialista Federativa da Iugoslávia (ONU, 1992).

Em 30 de maio de 1992, o CSNU adotou uma resolução (a de n. 757) notando que a reivindicação da RFI de que herdaria automaticamente a admissão como membro da RSFI à ONU não havia sido amplamente aceita (CSNU, 1992a). Alguns meses depois, em 19 de setembro de 1992, o Conselho adotou uma nova resolução (a de n. 777), desta vez considerando que o Estado anteriormente conhecido como RSFI deixou de existir e que a RFI, logo, não poderia continuar automaticamente considerando ser membro da ONU em sucessão à RSFI, recomendando que a Assembleia Geral debatesse se a RFI deveria aplicar para tal admissão como membro da ONU novamente (CSNU, 1992b). Em resposta, em 22 de setembro de 1992, a Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução n. 47/1 que considerou que a RFI não poderia ser considerada a sucessora automática da RSFI na ONU e que, por isso, esta deveria aplicar novamente para obter tal admissão (AGNU, 1992a).

Esta situação ficou ainda mais confusa quando em 29 de setembro de 1992 o Subsecretário Geral e o Conselheiro Jurídico da ONU afirmaram em uma Carta que:

Embora a Assembleia Geral tenha declarado inequivocamente que a República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) não pode continuar automaticamente a admissão como membro da ex-República Socialista Federativa da Iugoslávia nas Nações Unidas e que a República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) deve solicitar admissão como membro das Nações Unidas, a única consequência prática que a resolução traz é que a República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) não participará dos trabalhos da Assembléia Geral. [...] Por outro lado, a resolução não extingue nem suspende a admissão como membro da Iugoslávia na Organização (ONU, 1992e – destaque e tradução do autor).

Diante desta situação, a RFI continuou mantendo sua reivindicação de que havia continuado a personalidade jurídica da antiga RSFI (CIJ, 2004a, para 69) e o Secretariado da ONU aplicou a regra do *status quo ante*, no aguardo de uma determinação definitiva sobre o

status da nova RFI, o que implicou, por exemplo, na inclusão dela no orçamento da Organização (CIJ, 2004a, para. 70).

Assim, quando em 20 de março de 1993 a Bósnia e Herzegovina entrou com uma petição na CIJ contra a RFI/Sérvia e Montenegro, alegando violações à Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, a Corte se deparou com a missão de concluir se poderia ou não exercer sua jurisdição sobre o respondente, devido às incertezas relativas à sua admissão como membro da ONU²⁸ e, conseqüentemente, como parte do Estatuto.

Inicialmente, em sua decisão relativa às medidas provisórias requeridas pelo aplicante, a CIJ afirmou que “a questão de se a Iugoslávia é membro das Nações Unidas, e assim, parte do Estatuto da Corte, é uma que a Corte não precisa determinar definitivamente no presente estágio dos procedimentos” (CIJ, 1993, para. 18 – tradução do autor). A partir disso, a Corte se voltou para o artigo 35.2, sob o qual ela entendeu que procedimentos poderiam ser validamente instituídos por um Estado contra o outro que fosse parte de alguma disposição especial em algum tratado em vigor, mas que não fosse parte do Estatuto, independentemente das condições estabelecidas pela Resolução n. 9 de 1946 do CSNU (CIJ, 1993). Para a Corte, a cláusula compromissória da Convenção do Genocídio poderia ser entendida como essa disposição especial e, por isso, ela possuiria jurisdição *ratione personae prima facie* para emitir as medidas provisórias.

Embora longe de ser a decisão mais problemática dos casos relativos à guerra nos Balcãs, esta decisão de 1993 possui seus próprios embaraços que merecem ser destacados. Estes embaraços, aliás, são só o início de uma longa sequência em que a CIJ foi “assombrada pelo fantasma (CIJ, 2008e, p. 1)” de suas próprias escolhas.

²⁸ Em um texto escrito à época, em 1992, Blum comenta que a quebra estrutural de um Estado-membro da ONU através da secessão de uma ou mais de suas províncias, ocasionando perda de território e população já havia sido lidada pela Organização no caso da Índia Britânica, que se tornou Índia e Paquistão. À época da Índia Britânica o Secretariado da ONU apontou que: “[do] ponto de vista do direito internacional, a situação é aquela em que uma parte de um Estado existente se rompe e se torna um novo Estado. Nesta análise, não há mudança no status internacional da Índia; continua como um Estado com todos os direitos e obrigações do tratado e, conseqüentemente, com todos os direitos e obrigações de membro das Nações Unidas. O território que se separa, o Paquistão, será um novo Estado; não terá os direitos e obrigações do tratado do antigo Estado e, é claro, não será membro das Nações Unidas.” Analisando a mesma situação, o comitê jurídico (sexto comitê) entendeu que: ‘ 1. Como regra geral, é de acordo com o princípio *supor* que um Estado membro das Nações Unidas não deixa de ser membro pelo simples fato de sua constituição ou fronteiras terem sido modificadas, e considerar os direitos e obrigações que esse Estado possui como Membro das Nações Unidas, deixando de existir apenas com a sua extinção como pessoa jurídica internacionalmente reconhecida como tal. 2. Quando se cria um novo Estado, qualquer que seja o território e a população que o compõe, quer estes tenham ou não pertencido a um Estado Membro das Nações Unidas, este Estado não pode, ao abrigo do sistema previsto na Carta, reivindicar o status de Membro das Nações Unidas, a menos que tenha sido formalmente admitido como tal em conformidade com as disposições da Carta. 3. Cada caso deve, no entanto, ser julgado pelo seu mérito’” (BLUM, 1992, p. 832).

A justificativa da CIJ em 1993 se baseou na parte do artigo 35.2 de seu Estatuto que menciona as “*disposições especiais dos tratados vigentes*”²⁹. Ou seja, a Corte entendeu que não precisaria analisar o *status* da FRI perante a ONU e, conseqüentemente, perante o Estatuto, sendo *suficiente*, para provê-la de jurisdição fundacional *ratione personae*, o fato de a Iugoslávia ser parte da Convenção sobre o Genocídio, que teria em seu artigo IX (sua cláusula compromissória), uma suposta disposição especial com força de possibilitar o estabelecimento de procedimentos sob a exceção do artigo 35.2, na medida em que, em tese, existia um tratado em vigor entre as partes (independentemente da data de sua eficácia internacional).³⁰ Devido à complexidade dos eventos, cumpre copiar a passagem original da Corte:

whereas the Court therefore considers that proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to such a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and independently of the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946 (cf. S.S. 'Wimbledon ', 1923, P.C. I.J., Series A, No. 1, p. 6); whereas a compromissory clause in a multilateral convention, such as Article IX of the Genocide Convention relied on by Bosnia-Herzegovina in the presente case, could, in the view of the Court, be regarded prima facie as a special provision contained in a treaty in force; whereas accordingly if Bosnia- Herzegovina and Yugoslavia are both parties to the Genocide Convention, disputes to which Article IX applies are in any event prima facie within the jurisdiction ratione personae of the Court (CIJ, 1993, para. 18).

Entretanto, parece que o raciocínio legal por trás desta conclusão é completamente equivocado. Não apenas a Corte utiliza um consentimento relativo à sua jurisdição específica para justificar uma questão fundacional de acesso à Corte³¹, mas ela mesmo, 11 anos depois, em um caso em que agora a Sérvia estava no polo ativo, explicou isso, ao rejeitar a aplicabilidade da Convenção sobre o Genocídio para fins do artigo 35.2.

Nas palavras da Corte, “[O] artigo 35, parágrafo 2, deve ser interpretado [...] como querendo se referir a tratados em vigor na data da entrada em vigor do novo Estatuto” (CIJ, 2004a, para. 113 – tradução do autor) (o que, porém, note-se, não englobaria a Convenção sobre o Genocídio). E, ainda, ao refletir sobre a possibilidade de que tratados posteriores ao Estatuto pudessem ter efeitos sob o artigo 35.2, como ela mesmo concluiu em 1993, a CIJ, em 2004, disse que: “Essa interpretação levaria a um resultado bem incompatível com o objeto e

²⁹ Lembrando que o art. 35.2 prescreve: “As condições pelas quais a Corte estará aberta a outros Estados serão determinadas, pelo Conselho de Segurança, *ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes*; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte (*sic*).” (CIJ, 1945, art. 35.2 – destaque nosso).

³⁰ A Corte entendeu que a Convenção poderia ser considerado um tratado válido entre as partes pois a RSFI havia ratificado a Convenção em 1950 e a FRI havia emitido uma declaração formal afirmando que iria cumprir estritamente os compromissos assumidos internacionalmente pela RSFI (CIJ, 1993, para. 21-22). Para uma discussão voltada para a sucessão de Estados em relação a tratados, veja (ONU, 1978).

³¹ Em seu comentário ao art. 35 do Estatuto da Corte, Zimmermann também perceber esta incongruência: “Além disso, uma interpretação do termo “cláusula especial” como abrangendo qualquer tipo de cláusula jurisdicional prejudicaria a distinção entre o acesso à Corte, por um lado, e a jurisdição da Corte em casos particulares (ZIMMERMANN, 2019, p. 706)”

propósito do artigo 35, parágrafo 2.” (CIJ, 2004a, para. 113 – tradução do autor), referindo-se à necessidade de o acordo já estar em vigor no momento em que o Estatuto tivesse obtido eficácia internacional.

Ou seja, o raciocínio da Corte em 1993, mesmo que apenas em fase de medidas provisórias, não apenas mistura conceitos de jurisdição fundacional (aqui, o consentimento do Estado em ser parte do Estatuto) com jurisdição específica (em relação ao fato de que a clausula compromissória poderia lhe conceder jurisdição), mas o faz em um nível que chega a ser rejeitado pela própria CIJ uma década depois. Quer isso dizer que, para a jurisdição fundacional, seria imperioso observar que independente de o Estado ser parte de um tratado que possui uma clausula compromissória (o que pode prove a Corte com jurisdição específica) ele deve possuir acesso à Corte sob os termos de seu artigo 35, ou sendo parte do Estatuto ou tendo se submetido à sua jurisdição fundacional através de uma declaração à luz do artigo 35.2 ou do artigo 93.2 da Carta da ONU.

Na sequência, em 1996, a CIJ teve a chance de determinar, desta vez de maneira definitiva, se ela possuía jurisdição sobre o caso na decisão relativa à fase de objeções preliminares. Diante de si, encontrava-se uma situação bastante peculiar: De um lado, um Estado aplicante que, por razões óbvias, não levantaria o fato de que a Corte não teria jurisdição *ratione personae* em relação ao Estado respondente sob o artigo 35.1, por este (possivelmente) não ser parte do Estatuto; de outro, um Estado respondente, que também não levantaria esta objeção à jurisdição da Corte, pois reivindicava politicamente ser o sucessor da RSFI, e consequentemente, de sua admissão como membro da ONU e participação no Estatuto.³²

Segundo a CIJ, como visto acima, questões relativas à sua jurisdição fundacional devem ser decididas independente do consentimento das partes de um caso, em respeito aos termos de seu Estatuto. Isso inclui a habilidade (ou falta de) de determinados Estados aparecerem perante a Corte sob os termos do artigo 35.1. Entretanto, novamente de maneira incerta, a Corte não

³² Em retrospectiva à decisão de 1996, a própria CIJ em 2007 notou estas razões peculiares que fizeram o status legal da RFI não ser debatido pelas partes nesta fase inicial do caso: “Em 1995, o Respondente levantou sete exceções preliminares (uma das quais foi posteriormente retirada), três das quais convidaram a Corte a declarar que não tinha jurisdição no caso. Nenhuma dessas objeções foi, entretanto, fundamentada na alegação de que a RFI não era parte do Estatuto na época relevante; essa não foi uma alegação especificamente avançada no processo sobre as exceções preliminares. Na época desses procedimentos, a RFI persistia na alegação de que continuava como membro da antiga RSFI nas Nações Unidas; e enquanto essa reivindicação foi contestada por vários Estados, a posição assumida pelos vários órgãos deu origem a um “estado de coisas confuso e complexo . . . dentro das Nações Unidas” Nenhuma das partes levantou a questão perante o Tribunal: a Bósnia e Herzegovina como Aplicante, embora negando que a RFI fosse um membro das Nações Unidas como continuadora da RSFI, afirmava perante esta Corte que a RFI era, no entanto, um parte no Estatuto, seja nos termos do Art. 35, parágrafo 2, ou com base na declaração de 27 de abril de 1992 (ver parágrafos 89 a 90 acima); e para a RFI levantar a questão teria envolvido minar ou abandonar sua reivindicação de ser a continuadora da RSFI como base para continuar como membro das Nações Unidas. (CIJ, 2007a, para. 106 – tradução do autor)”

promoveu uma discussão relativa à sua jurisdição fundacional, se limitando àquelas objeções preliminares que foram levantadas pelo Estado respondente (CIJ, 1996). Inclusive, a CIJ não se deu nem ao trabalho de tentar justificar o porquê um caso poderia ser movido contra a FRI, apesar de seu *status* indeterminado enquanto membro da ONU e parte do Estatuto. Convenientemente, a discussão relativa à caracterização do artigo IX da Convenção sobre o Genocídio como uma disposição especial, feita em 1993, foi deixada no limbo legal a qual ela passou a pertencer e nem sequer foi mencionada em 1996.

A única discussão feita em relação à sua jurisdição *ratione personae* foi uma envolvendo sua jurisdição específica, com o intuito de compreender se ambos Estados se vinculavam à Convenção sobre o Genocídio e, em vista disso, se a sua cláusula compromissória poderia servir como uma fonte jurisdicional, ou seja, como uma expressão de consentimento específico para ambas as partes naquele caso concreto (CIJ, 1996, para. 26). No que tange a FRI ter ou não o acesso necessário sob o artigo 35.1, este problema foi deliberadamente evitado pela Corte (CIJ, 2008b, para. 1)

Em 2000, após a queda do regime de Slobodan Milosevic, o presidente Vojislav Kostunica, referindo-se a mudanças democráticas fundamentais que tinham acontecido na FRI, aplicou para admissão da FRI/Sérvia e Montenegro³³ enquanto um *novo* membro da ONU e sucessor da FSRI (BLUM, 2009, p. 266). Alguns meses antes, porém, dois fatos relevantes tinham acontecido: primeiramente, em 29 de abril de 1999 a RFI havia submetido uma petição para a CIJ instituindo procedimentos contra os vários Estados integrantes da OTAN³⁴ alegando violações de suas obrigações de não usar força contra outro Estado em decorrência da campanha conduzida pela OTAN no Kosovo. E em segundo lugar, em 2 de julho de 1999, a Croácia, por sua vez, submeteu uma petição para a Corte instituindo procedimentos contra a RFI, alegando violações à Convenção sobre o Genocídio. A maneira com que a Corte lidou com estes dois casos à luz de sua jurisdição fundacional *ratione personae* é, no mínimo, intrigante, como se verá abaixo.

Em seu julgamento de 2004 na fase de objeções preliminares do caso *Legality of Use of Force* (o caso FRI v. Estados da OTAN), a CIJ finalmente encarou o problema relativo à sua jurisdição fundacional *ratione personae* em relação à RFI, afinal, embora o país tivesse sido reconhecido como um novo membro da ONU e, logo, como parte do Estatuto, sua petição havia

³³ O novo Estado-membro inicialmente manteve seu nome como República Federativa da Iugoslávia, mas mudou em fevereiro de 2003 para Sérvia e Montenegro, e em 2006, após a secessão montenegrina, para Sérvia (BLUM, 2009).

³⁴ Foram enviadas petições contra: Bélgica, Canadá, França, Estados Unidos, Alemanha, Itália, Holanda, Portugal, Espanha e Reino Unido. (CIJ, 2004a)

sido submetida anteriormente, em 1999, quando ainda aplicava por tal *status*. Conforme pontuado pela CIJ:

[...] a questão de saber se a Sérvia e Montenegro era ou não parte do Estatuto da Corte no momento da instituição do presente caso é fundamental; pois se não fosse parte, a Corte não estaria aberta a ela nos termos do Artigo 35, parágrafo 1, do Estatuto. Nessa situação, sujeito a qualquer aplicação do parágrafo 2º daquele Artigo, a Sérvia e Montenegro não poderia ter instaurado uma ação apropriada no Tribunal, qualquer que fosse o título de jurisdição que pudesse ter invocado, pela simples razão de que a Sérvia e Montenegro não tinha o direito de comparecer perante o Tribunal. (CIJ, 2004a, para. 46 – tradução do autor)

Após uma extensa análise dos fatos narrados acima envolvendo a situação da FRI perante a ONU, incluindo a continuidade ou não da admissão com membro da Organização da antiga FSRI, a CIJ concluiu que estes eventos confusos e complexos contribuíram para caracterizar a situação do *status* legal da FRI entre 1992 e 1999 como *sui generis* (CIJ, 2004a, para. 74). Esta situação teria chegado a um fim com a sua admissão enquanto novo membro em 2000, após o pedido do presidente Kostunica.

A conclusão da CIJ foi a de que a FRI teria o *status* de membro da ONU a partir de 1º de novembro de 2000, sem efeito retroativo, significando que ela não era um Estado parte do Estatuto em 29 de abril de 1999, data do início do caso e que, portanto, a Corte não teria jurisdição fundacional *ratione personae* sob o artigo 35.1 de seu Estatuto para analisar os méritos de seus pedidos (CIJ, 2004a, para. 78-91).

Analisados isoladamente, os argumentos utilizados pela Corte fazem sentido entre si nesta decisão de 2004. Entretanto, ao utilizá-los, a CIJ plantou uma semente que iria crescer e voltar a importuná-la no futuro, quando tivesse que decidir sobre os dois casos pendentes contra a FRI (em 2004 já denominada de Sérvia e Montenegro) iniciados ambos na década de 90, momento em que, de acordo com a decisão de 2004, estava estabelecido que a FRI *não era* parte do Estatuto e, com isso, não teria acesso à Corte.

Em 2007, a Corte emitiu seu julgamento na fase de méritos do caso entre Bósnia Herzegovina e – a agora renomeada – Sérvia e Montenegro³⁵. Utilizando-se das conclusões da própria CIJ em 2004 relativas ao seu *status* legal perante a ONU durante grande parte da década de 90 e, conseqüentemente, em relação à sua inabilidade de acessar a Corte por não fazer parte do Estatuto, a Sérvia argumentou que a Corte não possuiria jurisdição fundacional *ratione personae* sobre ela.

³⁵ Em Fevereiro de 2003 a FRI mudou seu nome para Sérvia e Montenegro (BLUM, 2009, p. 265)

Ao analisar o argumento Sérvio, a Corte entendeu que esta questão já havia sido decidida em 1996, na sua decisão sobre as objeções preliminares e que, por isso, devido ao princípio da *res judicata*, as conclusões de seu antigo julgamento deveriam, para os fins do caso e entre as partes, ser consideradas corretas e não poderiam ser reabertas com base em alegações de que dúvidas foram lançadas sobre elas por eventos subsequentes³⁶ (CIJ, 2007a, paras. 105-120).

Em especial, embora o tópico da jurisdição fundacional *ratione personae*, especificamente, do acesso do respondente à Corte, não tivesse sido suscitado pelas partes naquela instância, a CIJ declarou em 2007 que implicitamente o fez *ex officio* em 1996. Afinal, em suas palavras, ela entende que só poderia ter concluído que possuiria jurisdição *ratione materiae*, se já tivesse previamente determinado que possuía jurisdição *ratione personae* e, como em 1996, ela entendeu que possuía jurisdição *ratione materiae*, então, necessariamente, ela tem que ter entendido, também, que possuía jurisdição *ratione personae*, mesmo que sem explicitar isso no corpo da decisão (CIJ, 2007a, paras. 122-123; e 132).

A Corte buscou legitimar este raciocínio como sendo tanto legalmente quanto logicamente coerente com suas próprias premissas (CIJ, 2007a, para. 133). O problema, no entanto, é que a CIJ assume suas premissas como verdadeiras e seu raciocínio como coerente lógica e legalmente, quando na realidade, estas são afirmações não necessariamente haviam sido provadas. Aliás, as bases do raciocínio da Corte foram legal e logicamente criticadas. Yuval Shany, por exemplo, aponta que nenhum dos três elementos centrais do objeto da *res judicata* expostos por Bin Cheng esteve presente em 1996: uma discussão distintiva, uma determinação direta e competência (SHANY, 2015, p. 80).³⁷

³⁶ Pontua-se que, adicionalmente, em 2003 a Sérvia e Montenegro pediu uma revisão do julgamento de 1996, argumentando que sua admissão em 200 como novo Estado-Membro da ONU e sucessora da RSFI significava que desde 1992 ela não tinha continuado a personalidade legal da RSFI e que, portanto, o caso iniciado contra si pela Bósnia Herzegovina deveria ser descontinuado. No entanto, a CIJ concluiu que a admissão da Sérvia e Montenegro à ONU não era um “fato novo” dentro do significado do art. 61 do Estatuto, o que seria requisito para uma revisão (BLUM, 2009). O art. 61 prescreve que: “Art. 61. 1. O pedido de revisão de uma sentença só poderá ser feito em razão do descobrimento de algum fato suscetível de exercer influência decisiva, o qual, na ocasião de ser proferida a sentença, era desconhecido da Corte (*sic*) e também da parte que solicita a revisão, contanto que tal desconhecimento não tenha sido devido à negligência. 2. O processo de revisão será aberto por uma sentença da Corte (*sic*), na qual se consignará expressamente a existência do fato novo, com o reconhecimento do caráter que determina a abertura da revisão e a declaração de que é cabível a solicitação nesse sentido. 3. A Corte (*sic*) poderá subordinar a abertura do processo de revisão à prévia execução da sentença. 4. O pedido de revisão deverá ser feito no prazo máximo de seis meses a partir do descobrimento do fato novo. 5. Nenhum pedido de revisão poderá ser feito depois de transcorridos 10 anos da data da sentença” (CIJ, 1945).

³⁷ Bin Cheng pontua que “o princípio da *res judicata* significa que direitos, questões e fatos distintamente questionados e diretamente determinados por um tribunal competente não podem ser contestados (CHENG, 1953, p. 337)”

Ademais, os juízes Ranjeva, Shi e Koroma, em sua opinião dissidente conjunta, enxergaram com sérias dúvidas as conclusões atingidas pela Corte a partir destas “implicações necessárias”, tanto em relação à sua consistência perante o Estatuto, quanto perante o Direito Internacional (CIJ, 2007b, para. 2). Na visão destes juízes, a confiança depositada pela Corte na *res judicata* para determinar se o respondente teve acesso a ela no momento em que a petição foi apresentada é insustentável por uma questão de Direito que se traduz em diversas incoerências.

Inicialmente, eles destacam aquilo que talvez seja o mais claro: o julgamento de 2007 sugere que o problema do acesso (jurisdição fundacional *ratione personae*) foi considerado e decidido em 1996, mas este problema não foi nem considerado, muito menos decidido, nem nas considerações, nem na decisão final (CIJ, 2007b, para. 3). Os juízes não apenas destacam a confusão realizada pela CIJ no que tange questões estatutárias de acesso e de jurisdição específica consensual, mas também rejeitaram a aplicação da *res judicata* afirmando:

Simplificando, *res judicata* aplica-se a um assunto que foi adjudicado e decidido. Uma questão que a Corte não decidiu não pode ser qualificada como *res judicata*. Não há nada no julgamento de 1996 que indique que a Corte tenha se pronunciado definitivamente sobre essa questão de forma a conferir-lhe autoridade de *res judicata*. Uma questão não é precluída pela doutrina da *res judicata* apenas porque a Corte assim o diz. A questão perante a Corte é simplesmente factual: averiguar judicialmente se a questão é a mesma que foi decidida anteriormente (CIJ, 2007b, para. 3 – tradução do autor).

Sob a lógica destes juízes, sabendo-se que questões fundacionais e questões de consentimento específico são duas coisas diferentes, uma delas tendo sido discutida e decidida pela Corte, enquanto a outra não, não haveria de se falar em uma *res judicata* que alcançasse ambas as questões, incluindo, assim, no guarda-chuva da coisa julgada aquilo que não foi julgado. Ora, a própria CIJ afirmou que não havia razões para examinar sua jurisdição fundacional *ratione personae* em relação à FRI em 1996 (CIJ, 2004a, para. 82), mas agora, quando confrontada com sua escolha de 2004, declara que examinou por implicações lógicas?

Conforme os juízes dissidentes apontam, por razões de consistência judicial, a Corte deveria ter respondido à falta de jurisdição fundacional *ratione personae* em relação à Sérvia assim como o fez em 2004 (CIJ, 2004b, para. 17), pois este país no momento da petição inicial não era Estado-membro da ONU. No entanto, ela tratou de maneira negligente a análise de uma das alegações substantivas apresentadas diretamente a ela neste caso concreto, ou seja, se o respondente teve acesso válido à Corte para que ela exercesse sua jurisdição neste caso (CIJ, 2004b, para. 19).

Surpreendentemente, esta não foi a decisão mais problemática da CIJ no que tange a situação legal da FRI/Sérvia e Montenegro em relação ao seu Estatuto. Um ano depois, em 18 de novembro de 2008, a Corte emitiu seu julgamento relativo à fase de objeções preliminares no caso *Croácia v. Sérvia*, iniciado em 2 de julho de 1999.

Nesta decisão, novamente, a Corte via-se confrontada com a questão relativa ao *status* legal da Sérvia perante à ONU e a sua habilidade de acessar a Corte sob os termos do artigo 35.1 do Estatuto. Desta vez, a Corte precisaria fazer uma determinação à luz da sua jurisprudência estabelecida em 2004, quando entendeu que não teria jurisdição *ratione personae* sobre a Sérvia a partir do ponto de vista pós-anos 2000, quando já sabia-se que em 1999 ela não era membro da ONU e, conseqüentemente, parte do Estatuto. No entanto, em 2008 a Corte não poderia esconder-se atrás do “raciocínio lógico” da *res judicata*³⁸ tecida no caso de 2007, pois as partes eram diferentes daquelas de 1996 e, assim, teria que enfrentar o ‘fantasma que voltou para assombrá-la’, como referido *supra*.

Diante disso, a CIJ afirmou ao citar as decisões de 2004 que “[s]eriam necessárias razões convincentes para que [ela] se afastasse das conclusões alcançadas nessas decisões anteriores” (CIJ, 2008a, para. 54 – tradução do autor) e que “[a]s partes reconhecem que estas conclusões têm um grande peso para o presente caso, já que a Corte não se afasta de sua jurisprudência estabelecida, a não ser que encontre razões particulares para fazê-lo”. (CIJ, 2008a, para. 71 – tradução do autor)

Bem, ao analisar sua jurisdição fundacional *ratione personae* no caso *Croácia v. Sérvia*, aparentemente, a Corte encontrou razões convincentes e particulares para *não* sustentar suas conclusões de 2004. Essas razões tinham como principal base legal um precedente de 1924 encontrado pela Croácia no caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, que dizia:

A Corte, cuja jurisdição é internacional, não é obrigada a atribuir às questões de forma o mesmo grau de importância que poderiam ter no direito interno. Mesmo, portanto, que o pedido fosse prematuro porque o Tratado de Lausanne ainda não havia sido ratificado, esta circunstância seria agora coberta pelo depósito posterior das ratificações necessárias. (CPJI, 1924, p. 34 – destaque e tradução do autor)

E a similar conclusão de 1925 no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*:

³⁸ Nas palavras do Juíz Al-Khasawneh “No Julgamento do Genocídio de 2007, onde a Corte confirmou sua jurisdição (pela segunda vez, sendo a primeira em 1996), as contradições com o Julgamento de 2004 não foram substantivamente resolvidas, mas apenas obscurecidas pelo formalismo da *res judicata*. Na presente Sentença, em que a aplicante é diferente, o fantasma da Sentença de 2004, liberto dos grilhões da coisa julgada, volta a nos assombrar” (CIJ, 2008e, p. 61 – tradução do autor).

Ainda que, nos termos do artigo 23 [da Convenção Germano-Polonesa de 1922, cláusula compromissória invocada no caso], fosse necessária a existência de um litígio definitivo, essa condição poderia a qualquer momento ser satisfeita por meio de ação unilateral da parte da Parte requerente. E o Tribunal não pode deixar-se obstaculizar por um mero vício de forma, cuja eliminação depende exclusivamente da Parte interessada. (CPJI, 1925, p. 14 – tradução do autor)

Baseando-se nestes precedentes de sua antecessora, a CIJ lembrou que, assim como aquela, resta demonstrado um “realismo e flexibilidade em certas situações em que as condições governando a sua jurisdição não estavam totalmente satisfeitas quando os procedimentos foram iniciados, mas que foram subsequentemente satisfeitas” (CIJ, 2008a, para. 81 – tradução do autor). Em resposta ao argumento de que tais precedentes lidavam com questões de jurisdição específica (e não com questões de acesso – jurisdição fundacional, que seriam hierarquicamente superiores e possuiriam uma natureza fundamental), a Corte afirmou que embora distintas, ambas discussões estariam “intimamente relacionadas” (CIJ, 2008a, para. 84-87). Nesse sentido, ela concluiu que não se estaria de acordo com os interesses da justiça obrigar o aplicante a iniciar novos procedimentos (CIJ, 2008a, para. 87).

Neste ponto, é absolutamente tentador questionar o porquê, então, o mesmo raciocínio não foi aplicado em 2004, quando a Sérvia era o aplicante e os Estados da OTAN os respondentes. Para tanto, relembremos de maneira esquemática como a Corte decidiu em cada um destes casos:

Tabela 2– CASOS RELATIVOS AO CONFLITO DOS Balcãs

<i>Ano / Fase</i>	<i>Aplicante</i>	<i>Respondente</i>	<i>Problema de Jurisdição Fundacional</i>	<i>Resposta oferecida pela Corte</i>
1993 Medidas Provisórias	Bósnia	FRI/Sérvia	Um caso pode ser iniciado contra a FRI/ Sérvia mesmo havendo dúvidas sobre seu status legal perante a ONU? Ou seja, a CIJ possui jurisdição fundacional neste caso?	A Corte possui jurisdição. Para concluir isso, ela confundiu questões de jurisdição fundacional com específica; Utilizou-se do artigo 35.2 do Estatuto e considerou a cláusula compromissória da Convenção sobre o Genocídio como uma “disposição especial”; Entendeu que tinha jurisdição apoiada nesta caracterização da cláusula como disposição especial
1996 Objecções Preliminares	Bósnia	FRI/ Sérvia	Um caso pode ser iniciado contra a FRI/ Sérvia mesmo havendo dúvidas sobre seu status legal perante a ONU? Ou seja, a CIJ possui jurisdição fundacional neste caso?	A Corte não discutiu a problemática de sua jurisdição fundacional, ignorando-a completamente; Abandonou o raciocínio baseado na caracterização da cláusula compromissória

				da Convenção sobre o Genocídio como uma “disposição especial”.
2004 Objecções preliminares	FRI/ Sérvia	Estados da OTAN	Tendo a petição inicial da FRI/ Sérvia sido introduzida em 1999, quando seu status perante à ONU ainda estava indefinido, a FRI/ Sérvia poderia ter iniciado o caso? Ou seja, a Corte possui jurisdição fundacional?	A Corte não possui jurisdição. Como no dia em que a petição foi apresentada a FRI/ Sérvia ainda não tinha se candidatado para se tornar membro da ONU, então ela não tinha acesso à Corte e Corte não tem jurisdição sobre seus pedidos
2007 Méritos	Bósnia	FRI/ Sérvia	À luz de sua decisão de 2004, a Corte deve entender que, por a FRI/ Sérvia não ter acesso à Corte à data da introdução da petição inicial, a CIJ não possui jurisdição fundacional também neste caso?	A Corte possui jurisdição. Como sua jurisdição já foi implicitamente sanada em 1996, por força da res judicata, este tópico não pode ser reaberto na fase dos méritos
2008 Objecções Preliminares	Croácia	FRI/ Sérvia	À luz de sua decisão de 2004, e considerando que aqui ainda não teve decisão relativa às objeções preliminares como no caso Bósnia v. FRI/ Sérvia, a Corte deve entender que, por a FRI/ Sérvia não ter acesso à Corte à data da introdução da petição inicial, a CIJ não possui jurisdição fundacional também neste caso?	A Corte possui jurisdição. Mesmo aqui não havendo decisão anterior para aplicar res judicata, a Corte considerou que não seria dos interesses da justiça fazer a Croácia submeter uma nova petição. Aplicou o princípio da flexibilidade e utilizou do caso Mavromatis para dizer que questões de forma teriam menor importância

Fonte: elaboração própria.

Observando todas as decisões coletivamente é difícil não questionar: Ora, se a Corte é realista e flexível perante deficiências jurisdicionais, mesmo em relação àquelas fundacionais, que podem ser corrigidas após a submissão da petição inicial, e se o *status* da Sérvia enquanto não-parte do Estatuto pode ser corrigido pela sua admissão como membro da ONU em 2000, por que a decisão de 2004 se difere da de 2008?

Em resposta à pergunta, a CIJ pontua que “estava claro que a Sérvia e Montenegro não tinham a intenção de perseguir novos pedidos através de novas petições (CIJ, 2008a, para. 89)”. Ou seja, aos olhos da Corte, nas circunstâncias particulares dos casos de 2004 não havia justificativa para a Corte ignorar a sua falta de jurisdição fundacional *ratione personae*, pois a Sérvia e Montenegro não iria iniciar um novo caso face a uma rejeição jurisdicional e, portanto, suas preocupações com economia judicial não deveriam prevalecer (CIJ, 2008a, para. 89).

Em discordância com a maioria, quatro juízes que compunham a Corte desde a década de 90, quando esta julgou a fase de objeções preliminares no caso *Bósnia v. FRI* em 1996, anexaram uma opinião dissidente que considerou o julgamento de 2008 não apenas ausente em validade legal e consistência, mas até mesmo *contra legem* e insustentável (CIJ, 2008b, para. 1). Eles afirmaram que se a Sérvia não tinha acesso à Corte sob o artigo 35.1 do Estatuto quando submeteu sua petição contra os Estados da OTAN no caso *Legality of Use of Force*, então ela não poderia ter acessado a Corte no presente caso quando o Governo da Croácia submeteu sua petição em 2 de julho de 1999 (CIJ, 2008b, para. 4).

Já no que tange a utilização pela CIJ da passagem do caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, eles afirmaram:

Para a Corte concluir, com base neste *obiter dictum* no caso Mavrommatis, que o respondente tem acesso a ela e ela tem jurisdição sobre o respondente é uma aplicação errada do comentário da Corte Permanente. O presente caso não se presta à abordagem adotada no processo Mavrommatis, porque o processo Mavrommatis não dizia respeito ao acesso. Com efeito, a Corte Permanente não considerou, muito menos decidiu, a questão de saber se o Estado em questão tinha acesso à Corte, nem se pronunciou sobre o status de Estado-Membro. De fato, o raciocínio de Mavrommatis aplicado naquele caso nem sequer estava tecnicamente preocupado com a jurisdição da Corte Permanente, que se baseava nos Artigos 26 e 11 do Mandato para a Palestina, e não no Protocolo XII (CIJ, 2008b, para. 6 – tradução do autor).

Nesse sentido, não faria sentido aplicar o precedente Mavrommatis para uma questão de importância primordial, como o acesso à Corte. Em verdade, os juízes contestaram que o problema do acesso seria “procedimental” como em *Mavrommatis*, pois uma parte poderia corrigir um erro procedimental, mas não poderia simplesmente mudar uma característica fundamental do *status* legal da parte oposta. Em especial, eles mencionam, naquele caso, tratava-se de um erro que poderia ter sido resolvido *ex ante*, ao passo que o caso *Croácia v. Sérvia* possuía uma questão fundamental que só se soube resolver *ex post* (CIJ, 2008b, para. 7). Portanto, a decisão da CIJ criou um precedente escorregadio em relação à sua jurisdição, que prejudicava a certeza e a finalidade jurídica (CIJ, 2008b, para. 8).³⁹

Outrossim, os juízes apontam que no caso *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* a CPJI enfatizou que “[ela] não pode se permitir ser impedida por um mero defeito de forma, cuja remoção dependa somente da Parte envolvida (CPJI, 1925, p. 14 – tradução do

³⁹ Ademais, eles pontuam: “Se os vícios processuais pudessem ser sanados mesmo depois de anos, a jurisdição da Corte estaria sujeita a questionamentos infundáveis, mesmo em relação a casos há muito considerados definitivamente resolvidos. A presente Sentença não propõe limites a esta incerteza. De acordo com a jurisprudência constante da Corte, sua jurisdição em um caso deve existir no momento da apresentação do Pedido” (CIJ, 2008b, para. 8 – tradução do autor).

autor).” A situação envolvendo Croácia e Sérvia era uma que não dependia apenas de uma correção de um erro da petição da Croácia, afinal, dependia do *status* legal do respondente, que conseqüentemente, dependia da sociedade internacional em admiti-lo como membro da ONU. Não seria possível determinar se esse *status* seria, ou não, corrigido na data da petição. (CIJ, 2008b, para. 9).

Finalmente, em relação ao raciocínio empregado pela Corte para separar esta decisão da de 2004, alegando que a Sérvia, naquele caso, não possuía a intenção de perseguir seus pedidos através de uma nova petição, ao passo que a Croácia, neste caso de 2008 possuía, os juízes destacaram que isso é inconvincente, já que devido à reserva⁴⁰ que a Sérvia fez à Convenção sobre o Genocídio, a Croácia *não poderia propor um novo caso* (CIJ, 2008b, para. 15). Ou seja, diferentemente do que a CIJ tentou asseverar como a razão primordial para o seu abandono daquilo que havia decidido em 2004, a Croácia *não* poderia simplesmente instituir novos procedimentos contra a Sérvia, o que faz com que a escolha da Corte tivesse ainda mais peso.⁴¹⁴²

Olhando todos estes casos em retrospecto, é difícil não perceber que, como pontua Blum (2009, p. 271), a CIJ, mesmo que em diferentes bases, decidiu contra a RFI/Sérvia e Montenegro em todos eles. Esta sequência de casos foi caracterizada por Shany (2015, p. 119) como acrobacias legais da CIJ, que oscilavam entre extremos de formalismo legal e desdém pela forma. Conforme Blum (2009, p. 271) pontua, a Corte, enquanto um órgão de uma Organização essencialmente política, não pode remanescer desatenta à atmosfera política geral que prevalece no âmbito desta Organização.

As decisões da CIJ nos casos decorrentes do conflito dos Balcãs contribuíram para sua reputação enquanto uma Corte que não se motiva apenas por considerações legais, deixando-se motivar, também, por motivos extralegais (CIJ, 2008b, para. 1), ainda que estes sejam

⁴⁰ Reserva da Iugoslávia à Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, 12 de março de 2001: A República Federativa da Iugoslávia não se considera vinculada pelo Art. IX da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e, portanto, antes de qualquer controvérsia da qual a República Federativa da Iugoslávia seja parte possa ser validamente submetida à jurisdição da Corte Internacional de Justiça de acordo com este art., o consentimento específico e explícito da RFJ exigido em cada caso.

⁴¹ Em sua própria opinião dissidente, o juiz Owada também rejeitou este argumento utilizado pela CIJ, destacando em especial que: O argumento que a presente Sentença avança é que “[foi] claro que a Sérvia e Montenegro [como aplicante] não tinha a intenção de prosseguir com suas reivindicações por meio de novos pedidos” (Sentença, parágrafo 89), como se fosse um fator decisivo no raciocínio da Corte, é singularmente pouco persuasivo, uma vez que a questão da capacidade de uma parte para acionar a Corte, ao contrário de outros aspectos da jurisdição que dependam da vontade das partes, é uma questão que a Corte deve verificar, se necessário *proprio motu*, independentemente da vontade ou do motivo de uma ou outra das partes. (CIJ, 2008c, para. 32 – tradução do autor)

⁴² Por sua vez, Shany chama a aplicação da doutrina *Mavrommatis* pela Corte como uma aplicação de natureza extremamente solta, se não até completamente errônea (SHANY, 2015, p. 119).

louváveis em si mesmos aos olhos de alguns (BLUM, 2009, p. 271). A CIJ possui um dever de julgar⁴³ os casos que são postos perante a ela. Ela serve como um agente que opera em nome tanto daqueles que a proferiram com seu mandato, quanto das partes de uma disputa, ambos os quais esperam que ela aprecie os casos que são propriamente referidos a ela.

Tais expectativas refletem um regime legal no qual as partes possuem, desde que preencham os devidos prerrequisitos, um direito à adjudicação. Uma negativa jurisdicional discricionária pode transformar esse direito em ilusório e, assim, a não ser que a Corte consiga identificar uma razão válida para não adjudicar um caso, ela o deve fazer, independentemente das implicações que isso possa ter em sua carga de trabalho ou em sua percepção política perante o mundo (SHANY, 2015, pp. 102-103).

Inconsistências na interpretação e aplicação de questões jurisdicionais podem sugerir que uma mudança na abordagem legal aconteceu, ou, mais problemático, que os juízes estavam empenhados em realizar uma seleção específica de quais casos queriam julgar os méritos, e quais não, ao interpretar questões de jurisdição (SHANY, 2015, p. 115). Embora esta seleção possa ser motivada por considerações políticas até mesmo bem-intencionadas considerando a violência vislumbrada no conflito da Bósnia, por exemplo, a utilização destas pode vir à custa da percepção que decisões judiciais são predominantemente governadas por considerações legais (SHANY, 2015, p. 115).

As razões pelas quais a CIJ decidiu interpretar e aplicar suas questões jurisdicionais da maneira que o fez nos casos relacionados ao conflito dos Balcãs será discutida mais à frente. Sem prejuízo, destaca-se que a partir destes casos, um pode facilmente entender que debates relativos à jurisdição fundacional *ratione personae* da Corte *não sejam* estritamente jurídicos.

Como será visto no próximo item, certos posicionamentos assumidos pela CIJ em relação à sua jurisdição fundacional *ratione personae* não se traduziram para objeções à sua jurisdição fundacional *ratione materiae* – seja porque deixou de ser politicamente interessante ou porque simplesmente foram abandonados no limbo legal destinados aos raciocínios que a Corte prefere que sejam esquecidos.

2.3 – Determinando a existência de uma controvérsia jurídica para fins de jurisdição fundacional *ratione materiae*: a fórmula *Mavrommatis* e a inovação (i)legal do caso *Ilhas Marshall v. Estados Nucleares*

⁴³ Sobre este dever de julgar, o juiz Weeramantry pontuou no caso sobre o Timor Leste de 1995, “[...] há também outro princípio dentro do qual a Corte funciona, a saber, o dever judicial de decidir os casos que lhe são submetidos no âmbito de sua competência jurisdicional.” Para mais, veja (CIJ, 1995, p. 158).

O artigo 36.2 do Estatuto da CIJ estabelece que os Estados podem reconhecer como compulsória entre si “a jurisdição da Corte em todas as controvérsias jurídicas⁴⁴ que tenham por objeto [...] (CIJ, 1945, art. 36.2)”. Embora o artigo 36.1 não refira explicitamente a controvérsias jurídicas, acorda-se que a jurisdição contenciosa como um todo da CIJ se confinaria a esta categoria de disputa sob o entendimento de que uma diferenciação iria contra a filosofia do artigo 36 (TOMUSCHAT, 2019, p. 724). Assim, sob o artigo 36, a jurisdição fundacional *ratione materiae* da CIJ sobre todos os casos submetidos a ela estaria limitada àqueles que fossem controvérsias jurídicas apenas (SHANY, 2015, p. 69).

Para a Corte, uma controvérsia jurídica seria uma disputa “capaz de ser resolvida através da aplicação de princípios e regras de direito internacional” (CIJ, 1988, para. 52).⁴⁵ Por certo seria prejudicial para ela negar sua jurisdição apenas porque inevitavelmente sua decisão contribuiria para afetar as circunstâncias políticas das quais ela surgiu (TOMUSCHAT, 2019, p. 725). Conforme sua decisão no caso envolvendo a embaixada americana em Teerã, seria uma inovação a Corte não exercer sua jurisdição sobre um caso porque uma controvérsia jurídica submetida a ela apresenta apenas um aspecto de uma disputa política maior (CIJ, 1980, para. 37)⁴⁶. Além disso, destaca-se que qualquer possível motivação política por trás de uma petição é irrelevante para o exercício de sua função judicial (CIJ, 1988, para. 52-54).

Para a CIJ, o conceito de controvérsia pode ser extraído do caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, julgado por sua antecessora, a CPJI, no qual se fixou que controvérsia é “um desacordo sobre uma questão de direito ou fato, um conflito de visões jurídicas ou de interesses” (CPJI, 1924, p. 11 – tradução do autor) entre as partes. Esta definição pode ser considerada como já estabelecida na jurisprudência da Corte (CIJ, 2016a, para. 37). Entretanto, em 2016, nos casos envolvendo as Ilhas Marshall e os Estados possuidores de armas nucleares, a CIJ, no que pode ser considerado um movimento controverso e formalista (NEVES;

⁴⁴ O presente trabalho utiliza “controvérsias jurídicas” para traduzir “*legal disputes*” em alusão à expressão “controvérsias de ordem jurídica”, como a utilizada no Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945 que promulgou a Carta da ONU e seu anexo, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁴⁵ Destaca-se que neste parágrafo 52 a Corte posiciona a existência de uma controvérsia jurídica como um elemento prévio à análise de jurisdição (específica) e de admissibilidade, confirmando sua natureza anterior/fundacional: “A Corte, como órgão judicial, preocupa-se apenas em estabelecer, em primeiro lugar, que a controvérsia que lhe é submetida é uma controvérsia jurídica, no sentido de uma controvérsia susceptível de ser resolvida pela aplicação dos princípios e regras do direito internacional e, em segundo lugar, , que o Tribunal tem jurisdição para lidar com isso, e que essa jurisdição não é restringida por nenhuma circunstância que torne o pedido inadmissível” (CIJ, 1988, para. 52 – tradução do autor).

⁴⁶ Em sede de sua jurisdição consultiva, a Corte também já chegou a conclusão similar na opinião consultiva sobre a declaração de independência do Kosovo, veja (CASSELLA; ACCIOLY; NASCIMENTO, 2019)

CARRIJO; FLOR, 2022), adicionou um elemento à essa definição: a ciência objetiva por parte do Estado respondente, de que uma controvérsia existe entre si e o Estado aplicante.

Em 24 de Abril de 2014, as Ilhas Marshall submeteram várias petições à CIJ iniciando procedimentos contra os Estados que possuem armas nucleares⁴⁷, alegando uma falha em cumprir com as obrigações relacionadas à cessação da corrida das armas nucleares e ao desarmamento nuclear⁴⁸. Apenas três destes Estados possuíam declarações aceitando a jurisdição compulsória da Corte sob o artigo 36.2 do Estatuto da CIJ, quais sejam, Índia, Paquistão e Reino Unido. Nesse sentido, apenas estes três casos foram adicionados à lista geral da Corte e iniciados. Todos os três Estados levantaram várias objeções preliminares questionando à jurisdição da CIJ para apreciar o caso e a admissibilidade do mesmo.⁴⁹

Presentemente, considerando a similitude destes e o objetivo deste trabalho, a análise do caso focará naquele iniciado contra o Reino Unido. Para precluir a possibilidade de a Corte analisar os méritos do caso, o Reino Unido levantou cinco objeções preliminares, das quais apenas a primeira foi analisada, considerando que esta prevaleceu e, conseqüentemente, que a Corte entendeu que não possuía jurisdição sobre os méritos do caso com base nela.

Nesta primeira objeção preliminar, o Reino Unido alegou a ausência de uma disputa entre si e as Ilhas Marshal. Para tanto, utilizou do que chamou de um princípio do direito internacional consuetudinário: um Estado pretendendo invocar a responsabilidade de outro Estado deve avisá-lo da existência da disputa a ser judicializada (CIJ, 2016a, para. 27). Em contrapartida, as Ilhas Marshall negaram a existência de tal princípio que obriga o Estado que busca instituir procedimentos a notificar o outro Estado de sua intenção ou de seus pedidos, antes de acionar o órgão adjudicatório (CIJ, 2016a, para. 31). Em particular, o Estado aplicante se baseou em diversos julgados da CIJ onde a Corte permitiu que uma “controvérsia” se

⁴⁷ Eram estes: China, Estados Unidos da América Federação Russa, França, Índia, Israel, Paquistão, República Popular Democrática da Coreia e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (CIJ, 2016a).

⁴⁸ O Estado aplicante possui um histórico negativo no que tange sua relação com armas nucleares. Através de uma resolução de 2 de abril de 1947, o Conselho de Segurança das Nações Unidas colocou um grupo de ilhas do pacífico, incluindo aquelas que formam as Ilhas Marshall, sob um sistema de tutela estabelecido na Carta das Nações Unidas e que tinha os Estados Unidos como autoridade administrativa. De 1946 a 1958, sob essa tutela, as Ilhas Marshall foram local de repetidos testes de armas nucleares (CIJ, 2016a, para. 16). Ademais, através da Opinião Consultiva de 1996 sob a legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, a CIJ apontou que a obrigação dos Estados vai “além de uma mera obrigação de consulta” sendo uma “obrigação de atingir um resultado preciso - o desarmamento nuclear em todos seus aspectos - através da adoção de um curso de conduta particular, qual seja, a busca por negociações sobre o assunto em boa fé” (CIJ, 1996, para. 99 – tradução do autor). Outrossim, a CIJ afirmou que: “Esta dupla obrigação de perseguir e concluir negociação formalmente concerne [todos] os Estados partes ao [NPT], ou, em outras palavras, a vasta maioria da comunidade internacional. [...] existe uma obrigação de buscar em boa-fé e trazer a uma conclusão negociações levando ao desarmamento nuclear em todos seus aspectos sob um controle internacional rigoroso e efetivo” (CIJ, 1996, paras. 100 e 105 – tradução do autor)

⁴⁹ Destaca-se que os próprios Estados respondentes, incertos de se tratar um caso de falta de jurisdição ou de inadmissibilidade, pediram ambas coisas para a Corte. Esta, no corpo e no dispositivo da sentença, confirmou que seria uma questão de jurisdição (CIJ, 2016a).

cristalizasse em consequência de um pedido feito por um Estado contra um curso consistente de condutas do outro e, ainda, negou a existência de um requerimento geral de aviso prévio sobre a intenção de se instituir procedimentos (CIJ, 2016a, para. 32-33).⁵⁰

A CIJ, após relembrar vários de seus precedentes relacionados à constituição de uma “controvérsia” à luz dos termos do artigo 36.2 do Estatuto, estabeleceu ineditamente que “uma controvérsia existe quando é demonstrado, com base em evidências, que o respondente estava ciente, ou não poderia não estar ciente, que suas visões eram ‘positivamente opostas’ às do aplicante” (CIJ, 2016a, para. 41 – tradução do autor). A Corte, ademais, notou que, embora as Ilhas Marshall, por conta de seu histórico com as armas nucleares, tenham razões especiais para estar preocupada com o desarmamento, isso por si só não seria suficiente para que os pré-requisitos jurisdicionais da Corte fossem satisfeitos (CIJ, 2016a, para. 44).

Em seguida, quando analisando os pronunciamentos que as Ilhas Marshall avançava subsidiariamente enquanto suficientes para preencher este requisito da ciência da controvérsia por parte do Reino Unido, a Corte sustentou, utilizando um critério incomumente rigoroso, que “uma declaração pode dar origem a uma disputa apenas se refere à matéria de um pedido ‘com clareza o suficiente para permitir o Estado contra qual aquele pedido é posto identificar que exista, ou talvez exista, uma controvérsia em relação com aquela matéria’” (CIJ, 2016a, para. 49 – tradução do autor).

Nesse sentido, após analisar os argumentos postos pelas Ilhas Marshall, a CIJ considerou que não poderia afirmar que o Reino Unido estava ciente ou não poderia não estar ciente de que as Ilhas Marshall estavam fazendo uma alegação de que tal Estado estava violando suas obrigações (CIJ, 2016a, para. 52). Por fim, a Corte também rejeitou as sustentações de que as declarações dos Estados no curso dos procedimentos poderiam evidenciar a existência de uma controvérsia (CIJ, 2016a, para. 54), de que as negociações nos foros multilaterais evidenciavam a controvérsia entre os dois países (CIJ, 2016a, paras. 55 e

⁵⁰ Alternativamente, ainda, as Ilhas Marshall submeteram que mesmo que a Corte reconheça a existência de tal princípio - e a necessidade do aviso prévio em relação ao pedido - este elemento também estaria presente. Para tal, apontou o seu pronunciamento de 13 de fevereiro de 2014 na Conferência de Nayarit, no qual afirmou que: “[T]he Marshall Islands is convinced that multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons are long overdue. Indeed, we believe that States possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every State under Article VI of the Non-Proliferation Treaty and customary international law”. (CIJ, 2016a, para. 28)

56) e de que a conduta do Reino Unido em não cooperar com certas iniciativas diplomáticas indicava a existência de uma controvérsia (CIJ, 2016a, para. 57).⁵¹

Portanto, a Corte, em uma votação bastante apertada, decidiu que a objeção preliminar do Reino Unido deveria ser aprovada e que, nesse sentido, não possuía jurisdição – fundacional – com base no artigo 36.2 do Estatuto para apreciar o caso. Não obstante, a decisão da maioria provocou diversas opiniões dissidentes de juízes que discordavam da posição tomada pela Corte e demonstravam o porquê da sentença estar equivocada e contradizer a própria jurisprudência da CIJ.

Em sua opinião dissidente o Juiz Bennouna, por exemplo, destacou que esta foi a primeira vez que a CIJ decidiu que não possuía jurisdição somente com base na não-existência de uma controvérsia (CIJ, 2016b, p. 71). Ele, assim como outros juízes, criticou o formalismo exacerbado da Corte e a utilização de um critério estranho à jurisprudência do órgão, qual seja, que o respondente esteja ‘ciente, ou não possa não estar ciente, de que suas visões são positivamente opostas à do aplicante.’

Conforme Bennouna aponta, as partes claramente discordaram perante a Corte em pontos de direito e de fatos e, nesse sentido, bastaria as Ilhas Marshall submeterem uma nova petição para a Corte para prevenir que o argumento sob o qual a CIJ se declarou incompetente para julgar o caso desaparecesse (CIJ, 2016b, p. 72). Notavelmente, ele questiona: “[c]omo pode se esconder atrás de considerações puramente formalistas, que ambos profissionais legais e cidadãos ordinários achariam difícil entender, ao invés de contribuir, como deveria, para a paz através do Direito Internacional, que é a *raison d’être* da Corte” (CIJ, 2016b, p. 73 – tradução do autor). Em sua opinião, o movimento da Corte representa algo novo, para que não precise considerar os méritos do caso (CIJ, 2016b, p. 73).

Por sua vez, o Juiz James Crawford também criticou o novo requisito por parte da Corte de que se demonstrasse a “ciência objetiva” do Estado respondente, em detrimento da comumente utilizada “fórmula *Mavrommatis*”⁵², na qual se requer simplesmente que exista

⁵¹ Destaca-se que, conforme aletrado por Lorenzo Palestini, o próprio precedente apontado pela Corte para concluir que as Ilhas Marshall não teriam sido suficientemente específicas ao cientificar o Reino Unido do conflito existente – a saber, o Caso *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea* (Nicarágua vs. Colômbia) –, não referendaria o entendimento a que se chegou. Isso porque a Nicarágua apenas acusou a Colômbia, através de nota verbal, após aproximadamente dez meses da submissão da petição à Corte; o que, não obstante, não constituiu óbice à conclusão da ciência por parte da Colômbia (PALESTINI, 2017).

⁵² Esta fórmula *Mavrommatis* se refere à definição clássica de disputa: “um desacordo sobre uma questão de direito ou fato, um conflito de visões jurídicas ou de interesses (CPJI, 1924, p. 11 – tradução do autor).” Ela não se confunde com o *obiter dictum* do mesmo caso utilizado para justificar o raciocínio da CIJ no caso *Croácia v. Sérvia* discutido acima: “A Corte, cuja jurisdição é internacional, não é obrigada a atribuir às questões de forma o mesmo grau de importância que poderiam ter no direito interno. Mesmo, portanto, que o pedido fosse prematuro

entre as partes “um conflito de visões legais ou interesses” (CIJ, 2016c, p. 264). Outrossim, Crawford após revisitar diversas instâncias onde a Corte trabalhou com a definição de uma “controvérsia” mencionou que em nenhum destes casos houve uma análise em relação a se o respondente estava ciente dos pedidos do aplicante antes dos procedimentos. Ademais, recordou que, segundo a jurisprudência da própria Corte, essa é uma questão de substância, não de forma (CIJ, 2016c, p. 266), logo, que não seria apreciado em sede preliminar, tal como ocorrera.

Em especial, Crawford notou a maneira com a qual a Corte ignorou o Princípio da Flexibilidade (princípio inclusive que, recorda-se, foi aplicado por ela como visto acima no caso *Croácia v. Sérvia* de 2008):

No entanto, deve ser lembrado que a Corte, como sua antecessora, também demonstrou realismo e flexibilidade em certas situações nas quais as condições que regem a jurisdição da Corte não foram totalmente satisfeitas quando o processo foi iniciado, mas foram posteriormente satisfeitas, antes que a Corte se pronunciasse sobre sua jurisdição. (CIJ, 2016c, para. 8 – tradução do autor)

Além disso, constatou a falha da Corte em notar a possibilidade de que a controvérsia se cristalizasse depois do início dos procedimentos, a partir da escrita de Kolb:

Before the parties seize the Court, there must at least be the beginnings of a dispute. The definitive dispute can, however, crystallize later, in the course of the proceedings. And it can equally well be modified or evolve as the case progresses. [...] [T]he Mavrommatis principle discussed above also applies . . . It remains necessary to consider whether the conditions for bringing a case are satisfied at the moment the case is brought to the Court, although ‘it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after.’ . . . It is however, unnecessary to oblige the claimant to start again the case by a new application, for want of a dispute at the initial critical date. This would be an excessively formalistic exercise, with no significant effects except to increase the administrative burden on the Court and the parties. (KOLB, 2013, p. 315 apud CIJ, 2016c, para. 12)”

Ainda, vale mencionar a discussão que Crawford estabelece a partir do conceito de disputas multilaterais para argumentar que, mesmo que este preceito da “ciência por parte do respondente” fosse levado adiante, com base no estabelecido nos casos *South West Africa*⁵³,

porque o Tratado de Lausanne ainda não havia sido ratificado, esta circunstância seria agora coberta pelo depósito posterior das ratificações necessárias.” (CPJI, 1924, p. 34 – tradução do autor).

⁵³ O caso *South West Africa* não pode ser citado sem que se faça alguns comentários em relação à ele. Em 1966, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) emitiu sua decisão final para o caso *South West Africa* (SWA), constatando que os Estados aplicantes não possuíam *standing*, e por consequência, decidindo que não poderia apreciar os méritos do caso. A conclusão atingida pela Corte foi recebida com grande surpresa, afinal, a questão relativa ao *standing* dos Estados aplicantes já havia sido sanada 4 anos antes, quando a CIJ decidiu sobre as questões preliminares do caso. No entanto, de uma maneira inovadora, se utilizando de um formalismo incomum, a Corte encerrou a lide sem uma apreciação dos méritos, deixando certas questões em aberto. O caso SWA foi levado até a Corte pelos Estados da Etiópia e da Libéria, que pediam que a Corte declarasse, dentre outras coisas, que a África do Sul permanecia sujeita às obrigações internacionais prescritas no Mandato da SWA e que as práticas de

disputas multilaterais podem se cristalizar em uma série de disputas individuais (CIJ, 2016c, para. 22). Nesse sentido, Crawford aponta que as Ilhas Marshall, um país pequeno, com convincentes interesses individuais vis-à-vis vários Estados detentores de armas nucleares, se associou com um lado de uma disputa multilateral, revelando, de modo suficiente para o caso, seu pedido em uma oposição positiva às condutas e pedidos dos Estados nucleares, incluindo o Reino Unido (CIJ, 2016c, para. 26).

O juiz Cançado Trindade, por sua vez, também criticou a abordagem tomada pela Corte e remontou os principais dizeres da própria CIJ para demonstrar que a análise em relação à existência de uma controvérsia no caso foi errônea. Em sua opinião, este novo critério utilizado pela Corte é inconsistente com a jurisprudência constante da CIJ e de sua antecessora, a CPIJ (CIJ, 2016d, para. 9). Conforme ele pontua, o propósito de se determinar que existe uma controvérsia perante a Corte é permitir que esta exerça sua jurisdição propriamente – e não proteger o Estado respondente (CIJ, 2016d, para. 13).

Aqui, Cançado Trindade afirma que o posicionamento das Ilhas Marshall foi suficiente para cristalizar uma controvérsia e, ainda, aponta para as submissões feitas pelo Reino Unido de que as alegações das Ilhas Marshall eram “manifestamente infundadas no mérito” (CIJ, 2016d, para. 18-19), anotando a contrariedade no posicionamento das partes. Noutros termos, ele afirma que as visões opostas claramente demonstradas a partir da negação por parte do Reino Unido em relação aos argumentos levantados pelas Ilhas Marshall no mérito refletem a existência de uma controvérsia:

Agora, no presente caso perante a Corte, em cada um dos três casos apresentados à CIJ pelas Ilhas Marshall (contra Índia, Reino Unido e Paquistão), os Estados demandados negaram expressamente os argumentos das Ilhas Marshall. Tomemos nota das negativas que, com base na jurisprudência constante do Tribunal acima mencionada, evidenciam a existência de uma disputa entre as partes litigantes (CIJ, 2016d, para. 25 – tradução do autor)”

apharteid que supostamente estavam sendo realizadas na região feriam tais obrigações, sendo necessário que tais condutas ilegais fossem cessadas (CIJ, 1966). O standing dos aplicantes para aparecerem diante da Corte havia sido constatado em 1962 a partir da cláusula jurisdicional do mandato, localizada no art. 7.2. Entretanto, em 1966, a CIJ afirmou que a cláusula conferia aos Estados-parte do Mandato apenas um interesse legal no cumprimento daquilo que chamou de cláusulas de ‘interesses especiais’ - para tratar daqueles que conferiam, em diferentes níveis, certos direitos relativos ao território mandatado, dirigidos aos Estados individuais membros da Liga ou a seus cidadãos - e não às de ‘conduta’ - que englobariam aquelas que definem os poderes do mandatário e suas obrigações perante os habitantes do território, a Liga e seus órgãos (CIJ, 1966, para. 11). Esta interpretação da Corte pode ser considerada uma abordagem restritiva ao conceito de standing emanando de cláusulas jurisdicionais convencionais (TAMS, 2005, pp. 63-69). Isto é, a Corte assumiu um posicionamento em linha com uma abordagem estrutural às obrigações multilaterais no direito internacional, entendendo que, por mais que o art. 7.2 tivesse sido formulado de maneira ampla e clara - sem restringir um interesse legal apenas para a Liga enquanto instituição ou apenas para um tipo específico de disputa - ele não havia atingido um limiar suficiente para conceder standing para os Estados aplicantes (TAMS, 2005, pp. 63-69).

Em conclusão, Cançado Trindade menciona que, em especial no caso em tela, a escolha da maioria por uma abordagem formalista e que impõe padrões maiores do que os que podem ser encontrados na jurisprudência da Corte, cria indevidamente uma dificuldade ao acesso à justiça em nível internacional em um caso com tópicos que preocupam a toda humanidade (CIJ, 2016d, para. 30). Resumindo bem o sentimento percebido entre os juízes que votaram contra a maioria, Cançado afirma “[i]sso é muito lamentável” (CIJ, 2016d, para. 30 – tradução do autor)

A partir deste caso, pode-se extrair que para fins de jurisdição fundacional *ratione materiae* da CIJ, é necessária não apenas que exista uma controvérsia jurídica, no sentido de um desacordo sobre uma questão de direito ou fato, um conflito de visões jurídicas ou de interesses entre as partes como se sustentava desde o caso *Mavrommatis*, mas que também o Estado respondente esteja objetivamente ciente que esta controvérsia existe, como avultou-se no caso das Ilhas Marshall. Caso estes requisitos não estejam presentes, então, a Corte poderá declinar sua jurisdição.

Dito isso, é tentador questionar, principalmente à luz do caso *Croácia v. Sérvia* de 2008 que foi discutido no ponto 1.2, o porquê naquele caso a CIJ aplicou o *obiter dictum* do caso *Mavrommatis*, de que “a Corte, cuja jurisdição é internacional, não é obrigada a atribuir às questões de forma o mesmo grau de importância que poderiam ter no direito interno [...]” para justificar a rejeição da objeção preliminar à sua jurisdição fundacional, mas no caso Ilhas Marshall decidiu não o fazer.

Bem, parece que ambos os casos apresentam uma semelhança em relação a terem detalhes que não estavam presentes à época da submissão da petição inicial, mas que foram concertados. Recordar-se que, conforme apontado *supra* por Bennouna, “bastaria as Ilhas Marshall submeterem uma nova petição para a Corte para prevenir que o argumento sob o qual a CIJ se declarou incompetente para julgar o caso desaparecesse” (CIJ, 2016b, p. 72 – tradução do autor). Se em 2008 a Corte entendeu que não fazia sentido obrigar a Croácia a submeter uma nova petição após sanar o defeito jurisdicional em nome da economia judicial, por que obrigar as Ilhas Marshall a submeter uma nova petição se agora o Reino Unido já está objetivamente ciente de que uma controvérsia existe entre os dois Estados?

Ainda, se a Corte demonstra “realismo e flexibilidade em certas situações em que as condições governando a sua jurisdição não estavam totalmente satisfeitas quando os procedimentos foram iniciados, mas que foram subsequentemente satisfeitas” (CIJ, 2008a, para. 81 – tradução do autor), então onde está esse realismo e esta flexibilidade no caso das Ilhas Marshall? Ora, estava diante de si um caso em que uma situação governando a sua jurisdição – *existência de uma controvérsia jurídica* – não estava totalmente satisfeita quando

os procedimentos foram iniciados – *falta da suposta ciência objetiva* – mas que foram subsequentemente satisfeitas – *o respondente passou a estar objetivamente ciente da controvérsia*.

É definitivamente intrigante a razão pela qual em determinados casos certo conceitos surgem e em outros desaparecem. Em especial no caso *Ilhas Marshal v. Reino Unido*, em que não apenas presenciou-se a emergência do requisito inédito da ciência objetiva, mas também o desaparecimento da flexibilidade e do realismo apresentados em 2008 no caso *Croácia v. Sérvia*, ocasião na qual, recorda-se, tais institutos foram utilizados para justificar o desaparecimento do estabelecido na, já questionável em si mesma, decisão de 2004 entre *Sérvia e Montenegro v. Estados da OTAN*.

2.4 Jurisdição fundacional: Conclusão parcial

Em sede de conclusão parcial, partindo do entendimento de que a presente monografia está trabalhando a jurisdição da Corte a partir da divisão entre jurisdição fundacional e jurisdição específica, como proposto por Yuval Shany, entende-se que a jurisdição fundacional da CIJ demanda a análise de questões de acesso dos Estados parte de determinado caso e a existência de uma controvérsia jurídica entre eles. As questões de acesso, que podem ser vistas como pertencentes à jurisdição fundacional *ratione personae* especificamente, foram, neste capítulo, divididas em duas: primeiro, a identificação das partes de um caso enquanto Estados e, segundo a determinação do consentimento destes Estados.

No que tange a primeira questão, tratada no ponto 1.1, pode-se concluir que, perante a CIJ, apenas Estados podem ser partes de um caso. Entretanto, nota-se que existe um debate relativo à possibilidade de um Estado atuar como um *proxy* de um ator não-estatal ao trazer determinada demanda até à Corte. Como visto, este tópico estava presente na recente decisão da CIJ na fase de objeções preliminares do caso *Gambia v. Myanmar*, instância na qual a Corte optou por uma decisão formalista, evitando uma discussão substancial e material do problema, mesmo este sendo um tópico que pertencia à essa etapa do caso, e não aos méritos. Esta escolha da CIJ foi criticada pela juíza Xue em sua opinião dissidente, quem destacou os efeitos negativos de permitir que um Estado *proxy* acione a Corte em nome de uma Organização Internacional.

Já no que diz respeito à segunda questão, pode-se concluir que para ter acesso à Corte, seja na qualidade de aplicante ou de respondente, os Estados devem ser parte da ONU e do Estatuto da Corte, ou, excepcionalmente, cumprirem com os requisitos alternativos e se

submeteram à sua jurisdição através de uma declaração à luz do artigo 35.2 do Estatuto ou do artigo 93.2 da Carta da ONU. No entanto, destaca-se que em uma sequência controversa e problemática de decisões nos casos relativos ao conflito dos Balcãs da década de 90, a Corte, almejando determinar se a RFI/Sérvia tinha ou não acesso a ela, utilizou-se de “acrobacias legais” e concluiu em todas as decisões contra este país, tanto quando este figurou no polo ativo da demanda – negando sua jurisdição – quando este ocupou o passivo – afirmando sua jurisdição.

As incongruências reveladas nestes casos, inerente ao esforço empregado pela Corte para, hora decidir que a RFI/Sérvia tinha acesso, hora decidir que não tinha, a depender de sua caracterização enquanto aplicante e respondente, abriram a porta para questionamentos relativos à influência de motivos extralegais perante a CIJ, que fizeram com que algumas de suas decisões relativas à sua jurisdição fundacional *ratione personae* não fossem estritamente jurídicas, mas também, aparentemente, se deixassem levar por fatores políticos prevalescentes à época.

Finalmente, no que tange a existência de uma controvérsia jurídica, considera-se esse um problema de jurisdição fundacional *ratione materiae*. Concluiu-se que uma controvérsia jurídica é um desacordo sobre uma questão de direito ou de fato, um conflito de visões ou interesses jurídicos. Entretanto, destaca-se que no caso de 2016 entre as Ilhas Marshall e os Estados possuidores de armas nucleares, a CIJ determinou que, para existir uma controvérsia jurídica, seria necessário que houvesse ciência objetiva por parte do Estado respondente de que uma controvérsia existia entre si e o Estado aplicante, aplicando, assim, um alto nível de formalismo que levou-a a concluir que não possuía jurisdição fundacional.

Para que se realize a análise desses elementos e do tratamento empregado pela CIJ em relação a eles, é importante que esta discussão seja localizada em meio à força da coisa julgada da CIJ no direito internacional. Conforme Brant (2002, p. 183) postula, a autoridade de uma decisão da Corte possui um lado oculto, pois a solução de um caso concreto acarretará uma série de efeitos que ultrapassam o limite do caso decidido. Apesar do artigo 59 do Estatuto estabelecer que as decisões da CIJ não possuem força vinculante, exceto entre as partes de um caso e em relação a este, o alcance de decisão jurisdicional extrapola os efeitos previstos por este artigo, assim como destacado pelo juiz ad hoc Guggenheim no caso *Nottebohm* (CIJ, 1955, p. 61), especialmente por expressarem o entendimento da Corte sobre determinado tema, sendo de fundamental importância para interpretar as fontes primárias de direito internacional, como tratados, costumes e princípios, nos termos do artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Para Brant (2002, p. 194), é evidente que os precedentes moldam e desenvolvem o direito internacional e, logo, a Corte pode até possuir uma liberdade *de juris*, mas vive sob juma subordinação *de facto* face às suas decisões jurisdicionais precedentes. De fato, uma decisão da CIJ relativa, por exemplo, a uma norma costumeira afetará o significado do direito internacional comum e projetará seu conteúdo para além das relações entre as partes em litígio, assim como uma decisão que interpreta determinada convenção multilateral poderá influenciar as relações de Estados outros que não as partes em litígio (BRANT, 2002, p. 195).

Diante disso, entende-se que as decisões da CIJ possuem uma autoridade *de facto* que extrapola os limites de determinado caso concreto, principalmente considerando a força do precedente jurídico para decisões futuras no âmbito da Corte e a sua capacidade de lapidar princípios, normas costumeiras e convencionais a ponto de influenciar outros Estados e outras controvérsias, que não apenas aquela diante da CIJ.⁵⁴

Diante desta força que seu precedente possui, capaz de gerar frutos incidentais no direito internacional para além dos limites formais do artigo 59, a CIJ, enquanto instituição inserida em meio à dinâmica do poder internacional, deveria decidir sabendo que sua decisão terá efeitos que extrapolarão a controvérsia específica diante de si, podendo afetar indiretamente outras controvérsias legais e políticas. Assumindo, então, esta premissa, apoiada na tese da força *de facto* do precedente da CIJ, pode ser que se torne mais evidente a razão pela qual motivos extralegais e uma seleção parcial de quais casos julgar permeiam as inconsistências percebidas no manejo empregado pela CIJ em relação à sua jurisdição.

Com o intuito de investigar este fenômeno, utilizando-se das lentes emprestadas pelas Abordagens Terceiro-Mundistas ao Direito Internacional (*Third World Approaches to International Law – TWAIL*), pretende-se analisar criticamente as inconsistências da CIJ no tratamento de questões relativas à sua jurisdição. A escolha pelas TWAIL se dá pelo fato de a mesma oferecer modelos e estruturas para descrever o comportamento de um conjunto relacionado de fenômenos sociais de maneira crítica (OKAFOR, 2008, p. 374). Mais especificamente, como Galindo (2013, p. 6) coloca a partir da identificação construída por Makau Mutua, as TWAIL possuem três objetivos principais:

- 1) “entender, desconstruir e desvelar os usos do direito internacional como um meio para a criação e perpetuação de uma hierarquia racializada de normas e instituições internacionais que subordinam não-europeus a europeus”;
- 2) “construir e apresentar um sistema jurídico alternativo para a governança internacional”;
- 3) “erradicar, por meios do estudo detalhado, de políticas públicas e da política, as condições de subdesenvolvimento no terceiro mundo” (MUTUA, 2000 *apud* GALINDO, 2013, p. 6).

⁵⁴ A título de exemplo, veja o debate realizado em (NOVAK, 2018).

Para a presente análise, entende-se ser mais relevante o primeiro dos objetivos descritos acima, qual seja, a desconstrução do uso do direito internacional – na figura da jurisdição da CIJ – para perpetuação de uma hierarquia de normas subordinadoras.

A partir de uma perspectiva TWAILer, entende-se que o direito internacional assume um papel crucial ao legitimar e sustentar as estruturas desiguais e os processos que se manifestam na divisão norte-sul, sendo ele a principal linguagem na qual a dominação se expressa na era da globalização (CHIMNI, 2006, p. 3). Assim como a linguagem do Direito sempre assumiu um papel significativo ao legitimar ideias dominantes através de seu discurso que tende a ser associado com a racionalidade, neutralidade, objetividade e justiça, a linguagem do direito internacional legitima e traduz certas ideias dominantes em regras e as significa em serviço do poder (CHIMNI, 2006, p. 15).

Além disso, a experiência colonial fez com que os povos do Terceiro Mundo ficassem mais sensíveis às relações de poder entre os Estados e aos caminhos nos quais qualquer regra ou instituição internacional – incluindo, é claro, a CIJ – afetam a distribuição de poder entre os Estados e povos (ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 78). Antony Anghie argumenta que o direito internacional se formou de fato no encontro colonial, em paralelo à doutrina da soberania. Para o autor, as estruturas formadas a partir do confronto entre o soberano europeu e o não-soberano não-europeu continuaram a se repetir em diversos estágios da história (ANGHIE, 2005, p. 3). Estas várias estruturas – dentre as quais inclui-se a Corte – e o direito internacional em si, não podem ser verdadeiramente entendidos sem serem localizados dentro da ordem colonial que fundou doutrinas e instituições para lidarem com problemas essencialmente gerados por este momento (ANGHIE, 2005, p. 7).

À época do encontro colonial, o direito internacional, à luz das teorizações de Francisco de Vitória em torno do conceito de *jus gentium*, era suficiente para trazer os indígenas para dentro de sua esfera enquanto pessoas que estavam sujeitas à ele, mas também estrategicamente teorizado para ser capaz de excluí-los do reino dos soberanos.⁵⁵ A resistência indígena às incursões espanholas justificava, dentro do escopo deste direito internacional, a declaração de guerras infinitas por parte do soberano contra o não-soberano que, por sua vez, acabou sendo forçosamente colonizado (ANGHIE, 2005, pp. 23-30). Com o processo de descolonização, os

⁵⁵ Em outra oportunidade, Anghie (2007, p. 743) reflete que: “Visto dessa forma, o reconhecimento da humanidade dos índios tem consequências ambíguas porque serve, com efeito, para vinculá-los a uma lei natural que, apesar de suas pretensões de universalidade, parece derivar de uma visão europeia idealizada do mundo, baseada em uma identidade europeia. Consequentemente, é quase inevitável que os índios, pela sua própria existência e pela sua identidade e práticas culturais únicas, violem esta lei, que parece tratar igualmente tanto os espanhóis como os índios, mas que produz efeitos muito diferentes devido às assimetrias entre espanhóis e índios”.

Estados coloniais, que eram considerados por Makau Mutua (1995) como ilegais e ilegítimos desde sua formação, finalmente receberam a permissão para entrarem no reino dos soberanos.

Entretanto, a soberania que os alcançou não deixou de ser um conceito com raízes europeias e coloniais. Com o intuito de rasurar as realidades brutais do processo colonial, a narrativa dominante passou a ser a de que o imperialismo havia virado uma coisa do passado e o colonialismo foi um infortúnio necessário que teria sido “concertado” pelo próprio direito internacional ao promover-se a descolonização (ANGHIE, 2006, p. 740). Conforme Mutua (1995) e Grovogui (1996) expõem, porém, o Estado pós-colonial, resultado da descolonização, foi também em si ilegítimo, pois não se trata de uma expressão conjunta dos esforços históricos dos povos originais/indígenas, mas sim um resultado da colonização somada a um direito internacional que só permitiu a libertação em seus próprios termos, impondo regras e condições, cujo processo de formação foi, majoritariamente, europeu.⁵⁶

Identificar estas origens coloniais das estruturas do direito internacional oferece a oportunidade de se enxergar perspectivas outras que exponham os aspectos imperiais deste campo do direito e seus efeitos duradouros no sistema internacional contemporâneo (ANGHIE, 2006, p. 739). Como Sundhya Pahuja (2005, p. 464) comenta, não é à toa que as categorias de desenvolvido e subdesenvolvido surgiram no mesmo momento em que a descolonização acontecia; trata-se de um sintoma da dinâmica internacional se adaptando à nova realidade para criar novas estruturas de poder. Nesse sentido, a concessão da soberania aos colonizados também facilitou a universalização de valores que eram, essencialmente, ocidentais (PAHUJA, 2005, p. 466).

Inseridas em meio à esta dinâmica relatada e frutos inegáveis deste passado colonial, fundado na separação entre o ocidente e o outro, estão as Corte Internacionais. Quanto a estas, Chimni (2006, p. 12) entende que não é a internacionalização da interpretação e implementação de normas que é problemática em si⁵⁷, mas sim os seus significados e impactos diferenciados para os povos e Estados do Terceiro Mun.

Uma análise que se empresta de lentes TWAILers para observar a Corte Internacional de Justiça não pode, de maneira alguma, olvidar-se do passado e das origens coloniais que a precederam e serviram de molde para algumas de suas estruturas. É dever do intérprete que veste tais lentes lembrar as raízes coloniais do Direito dentro do qual a CIJ se insere e cumpre

⁵⁶ Destaca-se que o exercício da autodeterminação no processo de descolonização foi condicionado à manutenção das fronteiras coloniais, tendo o princípio *uti possidetis juris* sido aplicado para não permitir que as fronteiras desenhadas ilegalmente pelo colonizador desaparecessem. Para mais, veja: (MUTUA, 1995; GROVOGUI, 1996).

⁵⁷ Cumpre sublinhar que existem autores que entendem que isso é também, em si, um problema pois estas normas foram arquitetadas desde uma perspectiva eurocêntrica. Veja, por exemplo (SQUEFF, 2021).

papel fundamental. Partindo, portanto, destas premissas a presente monografia busca analisar criticamente as conclusões parciais acima atingidas.

Conforme foi visto, tratando-se de sua jurisdição fundacional, a CIJ parece intercalar entre picos de formalismo e poços de flexibilidade. Além disso, em certos casos discussões inesperadas surgem ao passo que em outros a Corte é silenciosa. Vejamos a sintetização disso na tabela abaixo:

Tabela 3 – Problemas de Jurisdição Fundacional

<i>Caso</i>	<i>Tema</i>	<i>Problemática Fundacional</i>	<i>Resposta da Corte</i>	<i>Votação</i>
Gambia v. Myanmar	Genocídio do povo Rohingya	Quem era o “Verdadeiro Aplicante”: Gambia ou a Organização para Cooperação Islâmica”	Afirmou sua jurisdição com uma resposta formal ao problema, sem adentrar substancialmente.	14 x 1
Croácia v. Sérvia Bósnia v. Sérvia	Genocídio na Bósnia e na Croácia	A Sérvia não era Membro da ONU à época da petição inicial e portanto não tinha acesso à Corte	Afirmou sua jurisdição ao utilizar-se dos Princípios da res judicata e da flexibilidade e levar em conta considerações de economia judicial. Além disso, na década de 90 ignorou o tema uma vez e fez uma interpretação equivocada do artigo 35 em outra decisão.	10 x 5 (Bósnia v. Sérvia) 10 x 7 (Croácia v. Sérvia)
Sérvia v. Estados da OTAN	Legalidade do Uso da força empregado pela OTAN	A Sérvia não era Membro da ONU à época da petição inicial e, portanto, não tinha acesso à Corte	Negou sua jurisdição dado ao fato de a Sérvia não ser Membro da ONU. Foi formalista, não aplicou o Princípio da flexibilidade ou outros mecanismos processuais para afirmar sua jurisdição.	15x0 (decisão unanime)
Ilhas Marshal v. Estados possuidores de armas nucleares	Obrigações relativas ao desarmamento nuclear	A existência ou não de uma controvérsia jurídica entre as Ilhas Marshal e os respondentes	Negou sua jurisdição, dado a inexistência de ciência objetiva por parte dos respondentes que uma disputa existia entre si e o aplicante. Adotou tal critério ineditamente e de maneira formalista não aplicou o Princípio da flexibilidade nem considerações de economia judicial.	8 x 8 (voto de minerva do presidente para desempatar)

Fonte: elaboração própria.

Em resumo, a tabela evidencia a seguinte situação: no caso *Gambia v. Myanmar*, a Corte preferiu não discutir a fundo a questão do “verdadeiro aplicante”, afirmando sua jurisdição. Nos casos *Bósnia v. Sérvia* e *Croácia v. Sérvia*, a Corte buscou diversos princípios e apoios legais para justificar uma abordagem flexível à sua jurisdição fundacional e afirmá-la. Nos casos *Sérvia v. Estados da OTAN*, pelo contrário, a Corte preferiu uma abordagem formalista e negou sua jurisdição. Já no caso *Ilhas Marshal v. Estados nucleares*, a Corte novamente favoreceu uma abordagem formalista e negou sua jurisdição aplicando um conceito inédito em detrimento de considerações mais flexíveis perante sua jurisdição fundacional.

Além disso, percebe-se que aplicados à situação fática dos casos concretos, a decisão final da Corte em *Gambia v. Myanmar* e *Sérvia v. Estados Nucleares* aparenta ter sido a conclusão correta a ser tomada devido à disparidade da votação final (15 x 0 e 14 x 1). Deste modo, a pergunta que subsiste após esta análise é: por que a CIJ decide tomar posturas mais flexíveis (vide afirmar sua jurisdição nos casos em que a Sérvia era o respondente) em alguns casos e posturas mais formalistas (vide *Ilhas Marshal v. Estados Nucleares*) em outros?

No passado, alguns autores já buscaram responder à pergunta de se a CIJ é parcial. Posner e Figueiredo (2004), em uma pesquisa empírica que analisou quantitativamente os votos de todos os juízes da Corte em todos os casos até então disponíveis concluíram que existe “forte evidência de que (1) juízes favorecem os Estados que os apontam, e (2) os juízes favorecem Estados cuja nível de riqueza se assemelhe àquele do Estado natal do juiz”⁵⁸ Esta pode ser uma hipótese que justifique o porquê em alguns momentos a Corte é mais ou menos flexível em seus julgamentos. A resposta estaria na figura de quem seriam os Estados diante de si. Parece que, consoante essa visão, os juízes tenderiam a se alinhar com aqueles Estados que possuíssem uma economia parecida com seu Estado natal e, portanto, se permitiriam serem mais, ou menos, rigorosos em favor deste Estado, em que pese quando assumem o assento na Corte devam agir de maneira imparcial e distanciada dos seus Estados.⁵⁹

Entretanto, a partir de uma perspectiva TWAILer, a resposta parece ser mais profunda do que uma simples análise relativa à nacionalidade dos juízes que compunham a Corte. Entende-se que a relação da CIJ com o passado colonial e imperialista do direito internacional

⁵⁸ Os autores comprovaram estatisticamente que os juízes votam 90% das vezes em favor de seu próprio Estado. Já em relação à riqueza, os autores concluíram que as chances de um juiz votar em favor de um Estado que tenha um PIB mais próximo de seu país aumenta em 32% em comparação à um Estado que não se assemelhe economicamente.

⁵⁹ Conforme o art. 2 do Estatuto da Corte: a Côte (*sic*) será composta de um corpo de juízes independentes, eleitos sem atenção à sua nacionalidade, entre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias, ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional (CIJ, 1945).

vai muito além da nacionalidade dos seus juízes, pois o sistema em si é hegemônico. Podem existir juízes do Sul Global que cresceram e se formaram em meio à realidade e pensamento hegemônico, de modo que reproduzem as formas de poder implicadas nos conceitos jurídicos aos quais foram introduzidos no Direito, assim como juízes do Norte Global que identifiquem tais formas de poder e não as reproduzam.

Sugere-se que a CIJ deve ser observada como um todo. Ou seja, enquanto uma instituição internacional que se encontra no centro do ordenamento jurídico global e que é influenciada pelas formas de poder implicadas no direito internacional. Relembrando o destacado por Anghie e Chimni (2003) acima, a CIJ, enquanto instituição internacional, afetará a distribuição de poder entre os Estados e povos do terceiro mundo e está sujeita a disseminar significados e impactos diferenciados para os povos e Estados do Terceiro Mundo.

Dito isso, não é possível que na presente monografia se chegue a uma conclusão relativa a quais são certamente os fatores determinantes para que a Corte seja mais ou menos flexível no tratamento de sua jurisdição fundacional. No entanto, adotando a perspectiva das TWAIL é possível apresentar certas hipóteses. Estas hipóteses, claro, não pleiteiam prever como a CIJ decidirá em cada caso que chegue até ela, mas, sim, indicar possíveis tendências que possam vir a prevalecer em casos cuja decisão é mais apertada.

Duas delas se destacam: a primeira seria que a depender de quem forem os Estados que aparecem diante da Corte enquanto partes sua postura pode ser mais ou menos flexível. Chama-se essa hipótese de “em razão de quem são as partes do caso”. A segunda é de que, a depender da matéria que será tratada nos méritos do caso, a sua postura pode ser mais ou menos flexível, a qual pode ser chamada de “em razão de qual seja a matéria do caso”. Destaca-se que, ao que tudo indica, uma hipótese não nega a outra, podendo as duas atuarem juntas.

Quanto a primeira hipótese – em razão de quem são as partes do caso –, sugere-se que a CIJ utilizar-se-ia de uma menor flexibilidade/um maior formalismo perante questões de sua jurisdição fundacional caso figurasse no polo passivo um Estado do Norte global, sendo que quanto mais influência e poder o país tivesse, maior seria a possibilidade de a Corte negar sua jurisdição. A razão por trás desta hipótese está no fato de que, enquanto uma instituição internacional inserida no emaranhado do direito internacional, que possui formas de poder engajadas em si e que segue sendo utilizada para avançar políticas imperialistas, a CIJ tenderia a não aceitar sua jurisdição fundacional para casos em que figurasse no polo passivo um Estado poderoso, que teria capital político para ousar não cumprir o julgamento nos méritos caso fosse condenado. Afinal, se isso acontecesse, o prestígio e a legitimidade da CIJ no plano internacional seriam afetados.

Isso explicaria as inconsistências neste capítulo percebidas. Afinal, no caso em que a Sérvia figurava no polo ativo e os Estados da OTAN no passivo, a Corte não ousou exercer sua jurisdição, ao passo que quando a Sérvia foi acusada, a jurisdição foi afirmada e os méritos analisados. Mesmo que não se considere a Sérvia enquanto um país do Sul Global (destaca-se que é um país às margens da Europa e portanto há quem argumente o contrário), em meio aos acontecimentos relativos à Guerra dos Balcãs seus interesses e sua posição no plano internacional acabaram por se alinhar em oposição aos Estados imperialistas do Norte, como aqueles que compõem a OTAN. Destaca-se que algo similar aconteceu perante o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no qual foram julgados os criminosos nacionais da Sérvia, mas nenhum oficial da OTAN foi julgado pelos atos controversos cometidos na operação aérea conduzida pela Organização.⁶⁰

Neste mesmo esboço faria sentido porque a Corte decidiu negar sua jurisdição no caso *Ilhas Marshal v. Estados Nucleares*. À luz dessa hipótese explicar-se-ia a razão pela qual a Corte apresentou um conceito jurídico inédito para não ter que discutir os méritos de um caso introduzido por um pequeno país do sul global, com pouca influência no plano internacional, contra influentes Estados que possuem armas nucleares, mesmo que estes sejam compostos também por países do sul, como a Índia e o Paquistão. Devido aos fatos do caso, muito provavelmente aceitar sua jurisdição contra esses países do Sul, implicaria em ter que aceitar sua jurisdição perante o Reino Unido. Novamente, um descumprimento de sua decisão por parte de um ou mais destes países, afetaria a legitimidade e o prestígio da Corte perante a sociedade internacional, fragilizando a sua institucionalidade.

Em relação à segunda hipótese – em razão de qual seja a matéria do caso –, sugere-se, a partir de uma perspectiva TWAILer, que a CIJ teria uma maior flexibilidade jurisdicional para afirmar sua jurisdição em casos com temas hegemônicos do que em casos com temas dominantes e contestados. Antes de adentrar nessa análise, cumpre estabelecer essa diferenciação entre temas e ideias hegemônicos e temas e ideias dominantes. Para tanto, utiliza-se o proposto por Chimini (2018, p. 28-30) para quem ideias hegemônicas são aquelas que são recebidas voluntariamente com um maior consenso pelos Estados e pela sociedade civil apoiam interesses a longo prazo do capital. Elas representam ideias e crenças consensuais, como as áreas de direitos humanos e de direito ambiental, que dão ao sistema capitalista global uma

⁶⁰ Destaca-se, por exemplo, o polêmico caso do bombardeio à estação de Rádio e TV RTS em Belgrado na Sérvia, aonde civis foram mortos. Embora muito se discutiu sobre a legalidade do ataque, o promotor do Tribunal decidiu não iniciar um caso contra os oficiais da OTAN. Para uma análise do episódio, veja: (CARRIJO; SQUEFF, 2021; LAURSEN, 2002)

“cara humana” em tempos de exploração agressiva da natureza e das classes e nações subalternas, para que esta realidade não mine a estabilidade do direito internacional (CHIMNI, 2018, p. 37). Portanto, matérias hegemônicas podem ser entendidas como matérias que enfrentam uma menor resistência e são menos controversas, devido a seu amplo aceite.

Já os temas dominantes são representados por aquelas ideias e crenças contestadas, que normalmente são disseminadas utilizando-se poder e coerção e almejam interesses de curto prazo do capital (CHIMNI, 2018). Eles podem ser encontrados naquelas ideias que são menos consensuais entre Estados e sociedade civil, normalmente sob protesto de Estados e forças subalternas, e que precisam de ferramentas mais coercitivas para afirmar certas agendas econômicas e políticas (CHIMNI, 2018, p. 28-29). Chimni (2018, pp. 31-33) associa estas ideias àqueles temas que envolvem poder, como o poder econômico no caso do Direito Internacional dos Investimentos. Logo, é razoável entender a partir destes pressupostos que áreas que se relacionem com outros poderes, como o poder militar, nas quais existe uma falta de consenso global, como o Uso da Força e a questão das armas nucleares, também estariam abarcadas enquanto matérias dominantes.

Superado isso, percebe-se que esta hipótese também se encaixa com as inconsistências percebidas neste capítulo. Aplicando-a à maneira com que a Corte lida com sua jurisdição fundacional é evidente que temas hegemônicos, como o genocídio, debatido em *Gambia v. Myanmar* e em *Bósnia/Croácia v. Sérvia*, cuja proibição é aceita amplamente pela sociedade civil e pelos Estados em geral, recebem uma maior flexibilidade. Nestes casos, parece que a Corte tenderia a afirmar sua jurisdição e analisar os méritos, pois condenar qualquer violação de uma norma desta natureza traria uma aprovação internacional e, com isso, um acréscimo à sua legitimidade e seu prestígio.

Já em casos que tratam de tópicos dominantes, como a legalidade do uso da força por meio de intervenção humanitária, como o promovido pela OTAN no caso iniciado pela Sérvia, ou o uso de armas nucleares e a obrigação relativa ao desarmamento nuclear, como no caso *Ilhas Marshal v. Estados nucleares*, a Corte tenderia a negar sua jurisdição, visando evitar tratar destes tópicos. Isso porque, observando a natureza destes temas, existiria uma maior chance de que seu julgamento, nos méritos, fosse recebido negativamente por parcela da sociedade internacional, de modo que a sua legitimidade e o seu prestígio poderiam diminuir.

Em conclusão, portanto, é perceptível que as hipóteses elencadas para compreender as inconsistências no tratamento empregado pela CIJ à certas questões de jurisdição fundacional através das lentes das TWAIL parecem fazer sentido. É claro que para prová-las definitivamente seria necessário um estudo mais aprofundado, o que foge do escopo desta

monografia. A intenção deste estudo é realmente levantar hipóteses desde um olhar crítico para compreender as sentenças díspares que tratam de assuntos jurisdicionais (aparentemente) idênticos.

Dito isso, outras hipóteses também podem vir a se provar como verdadeiras. O que pode ser dito é que, explicado como a CIJ lida com questões relacionadas à sua jurisdição fundacional, é perceptível que existem inconsistências, mesmo que isoladamente cada julgamento separado possa fazer sentido legalmente dentro de suas próprias linhas. A partir disso, neste segundo capítulo, a monografia partirá para a análise da jurisdição específica da CIJ.

3. JURISDIÇÃO ESPECÍFICA: ATIVANDO AS FONTES JURISDICIONAIS PREVISTAS PELO ARTIGO 36

A jurisdição específica da CIJ em uma disputa depende da expressão do consentimento das partes em utilizar a estrutura jurisdicional da Corte. Em fóruns como a CIJ, em que seu instrumento constitutivo contém uma condição jurisdicional que requer o consentimento específico das partes de um caso para que este seja julgado, o acionamento da Corte só conferiria jurisdição específica sobre ela se esta condição for preenchida (SHANY, 2015, p. 24).

Em especial, o regulamento deste consentimento jurisdicional específico no Estatuto da CIJ está majoritariamente positivado pelo artigo 36, que é, por sua vez, fundado no Princípio do Consentimento⁶¹. Conforme postula o artigo 33.1 da Carta da ONU, as partes de qualquer disputa possuem o direito de utilizar o método de resolução pacífica de controvérsias de sua própria escolha, não sendo impostas sobre elas a obrigação de submeter tal disputa para a CIJ, mesmo sendo partes do Estatuto.

Este consentimento específico deve ser certo, mesmo para casos de *Forum Prorogatum* (no qual o consentimento pode ter sido implicitamente identificado, conforme será visto) (CIJ, 2008a, p. 204). Qualquer que seja a base desse consentimento, a atitude do Estado deve ser capaz de ser considerada uma indicação inequívoca do desejo daquele Estado em aceitar a jurisdição da Corte de uma maneira voluntária e indisputável (CIJ, 2008d, p. 18).⁶² Para uma investigação específica sobre as formas a partir das quais esse consentimento específico jurisdicional pode emanar, deve-se observar o artigo 36 do Estatuto da Corte:

Artigo 36.

⁶¹ O comitê de juristas constituído no âmbito da Liga das Nações para projetar o esqueleto da Corte Permanente de Justiça Internacional recomendou que a Corte tivesse jurisdição compulsória, mas esta sugestão foi rejeitada pelo Conselho da Liga. Alguns anos depois, no momento de transição para a Corte Internacional de Justiça, o comitê de juristas responsável por realizar o trabalho preparatório para a Conferência de São Francisco novamente propôs que a jurisdição da Corte fosse compulsória para todos Estados-Parte do Estatuto através de uma versão do art. 36 que dizia: “*The Members of The United Nations and States parties to the present Statute recognise as among themselves the jurisdiction of the Court as compulsory ipso facto and without special agreement in any legal dispute concerning [...]*” Embora a maioria dos delegados da Conferência de São Francisco preferiam que a Corte tivesse jurisdição compulsória, temia-se que isso geraria um obstáculo para atingir um acordo em relação ao texto final, devido à dura oposição de outras delegações, como Estados Unidos e União Soviética (TOMUSCHAT, 2019, pp. 717-720). Conforme Tomuschat (2019, pp. 728-729) pontua, em nível global, as chances de jurisdição compulsória e cumprimento voluntário são baixas. Se os Estados fossem forçados a submeter suas disputas para a CIJ, a porcentagem de decisões cumpridas seria abismável.

⁶² Caso o consentimento do Estado parte de um caso seja obtido de outra maneira, que não clara e indisputável, situações como a dos Estados Unidos pós-caso Nicaragua podem acontecer, quando o Estado atacou a legitimidade da CIJ (SHANY, 2015, p. 35). Este caso ainda será discutido em maiores detalhes abaixo.

1. A competência da Corte abrange todas (*sic*) as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.
2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo (*sic*) especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:
 - a) a interpretação de um tratado;
 - b) qualquer ponto de direito internacional;
 - c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional;
 - d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.
3. As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por -prazo determinado.
4. Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte.
5. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo (*sic*) com o artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos (*sic*).
6. Qualquer controvérsia sobre (*sic*) a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte (CIJ, 1945).

A partir do artigo 36 pode-se identificar três principais formas de acionar a Corte. Em seu parágrafo primeiro duas delas estão presentes: o *Compromisso* (também chamado de *special agreement*) e as *Clausulas Compromissórias* (presentes em tratados). Já seu parágrafo segundo prevê o sistema da *cláusula facultativa* de jurisdição obrigatória (declarações opcionais aceitando a jurisdição da CIJ como compulsória). Além disso, a doutrina entende a partir da jurisprudência da Corte cristalizada no caso do *Corfu Channel* que existe uma quarta forma de acioná-la, que seria através do *Forum Prorogatum*.⁶³

Assim sendo, este subcapítulo estruturar-se-á ao redor destas quatro fontes jurisdicionais, sendo dedicados momentos específicos para compreender a aplicação de cada uma delas pela CIJ. Entretanto, antes de adentrar nesta subsequente divisão, é preciso contextualizar um princípio que governa todas estas fontes e que é positivado pelo artigo 36.6, qual seja, o *Competence de la Competence* ou *Kompetenz-Kompetenz*. Este princípio assegura que cabe a Corte o juízo de avaliar a sua própria competência (BRANT, 2005, p. 223).

Ter a “competência da competência” permite à CIJ julgar uma controvérsia sobre a qual se entende competente, mesmo que um dos Estados litigantes não se apresenta perante a

⁶³ Alguns autores enxergam o *forum prorogatum* como uma subcategoria do Compromisso (TOMUSCHAT, 2019). Outros, não apenas o diferenciam, mas também tratam o previsto no art. 38.5 das Regras da Corte como uma categoria apartada (BRANT, 2005).

jurisdição de Haia⁶⁴, tendo sua decisão validade perante ambas as partes (BRANT, 2005, p. 223-224). Além disso, conforme postula Cançado Trindade, os tribunais internacionais⁶⁵ são guardiões de sua respectiva jurisdição e, assim o sendo, possuem o poder de determinar o escopo da sua jurisdição, tendo a palavra final em relação às partes do caso (CIJ, 2013, para. 7-8). Posto isso, é importante compreender que tal princípio governará o exercício decisório da CIJ em relação às suas regras de jurisdição específica como discutidas a seguir.

Vale esclarecer que a divisão do presente ponto se dará da seguinte forma: inicialmente será discutido o Compromisso, que é a forma menos problemática de acionar a jurisdição contenciosa da Corte, dada a sua natureza bilateral. Após serão abordadas as cláusulas compromissórias presentes em tratados internacionais, as quais permitem à CIJ a análise de determinado caso a partir do convencionado entre as partes daquele instrumento internacional. Em um terceiro momento, o sistema de cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória será debatido, incluindo suas especificidades e pontos controversos. Finalmente, a pesquisa se direcionará para o debate sobre o instituto do *Forum Prorogatum* e analisará sua aplicação pela CIJ ao longo de sua jurisprudência, em particular, desde o caso do *Corfu Channel* de 1949.

3.1 O Compromisso: A fonte jurisdicional que repele objeções preliminares

O ar. 36.1 do Estatuto da CIJ dispõe que “[a] competência da Corte abrange todas (*sic*) as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor (CIJ, 1945, art. 36.1). Conforme Xue (2015, p. 57) destaca, embora esta disposição não refira em momento nenhum a *compromissos*, a expressão “questões que as partes lhe submetam” implica que as partes podem fazer isso por meio de um compromisso.

A finalidade deste tipo de submissão à Corte reside na determinação da intenção dos Estados partes de, por seu intermédio, submeter determinada controvérsia à CIJ (BRANT, 2005, p. 234). As partes decidem até que ponto da disputa elas desejam que a Corte exerça sua jurisdição, assim, elas podem escolher submeter sua disputa inteira, uma porção dela, ou

⁶⁴ Por exemplo, no caso entre Estados Unidos e Irã, relativo à embaixada de Teerã, o Irã não compareceu para se defender perante a Corte (CIJ, 1980).

⁶⁵ Cláusulas similares podem ser encontradas na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Regras de Procedimento – art. 27); Corte Europeia de Direitos Humanos (Convenção Europeia de Direitos Humanos – art. 32.2); Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – art. 288.4)

simplesmente pedir que a Corte se pronuncie sobre os princípios e as regras aplicáveis (XUE, 2015, p. 58).

Brant destaca que o compromisso exclui a ideia de uma relação entre aplicante e respondente, devendo o acordo das partes ser evidente e consensual e sendo necessária uma negociação prévia (BRANT, 2005, p. 236). Estas negociações podem durar vários anos até que as partes concordem com os termos do compromisso.⁶⁶ A interpretação do compromisso por parte da CIJ deve respeitar simultaneamente a intenção das partes e o previsto no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, que obriga o intérprete a reconhecer o sentido ordinário do texto e a considerar o seu contexto (BRANT, 2005, p. 235).

A possibilidade de delimitar o objeto demandado oferecida pela utilização do compromisso implica um maior controle do alcance e dos limites da decisão jurisdicional, uma maior predisposição ao acolhimento do dispositivo da decisão e à sua execução, além de uma menor probabilidade de objeções preliminares (BRANT, 2005, p. 237). Além disso, entende-se que esta fonte jurisdicional oferece vantagens que são inerentes a si, como o fato de não permitir que surpresas desagradáveis surjam – como normalmente acontece a partir das petições unilaterais (TOMUSCHAT, 2019, p. 744).

Nesta mesma toada, Tomuschat destaca as situações das *disputas fronteiriças*: segundo o autor, sabe-se que estas disputas podem liberar ondas de sentimentos nacionalistas e qualquer governo que faça concessões para seu oponente em tal disputa pode estar sob o perigo de ser derrubado mesmo que tenha razões válidas para distanciar da sua posição inicial. Neste cenário, levar o caso para a Corte – um órgão visto como objetivo e imparcial – pode ser mais aceitável aos olhos do público doméstico (TOMUSCHAT, 2019, p. 744). Conforme Peter Tomka demonstra em seu estudo sobre compromissos, de fato a maioria das disputas submetidas à Corte por compromisso tinham um escopo limitado e um caráter territorial (TOMKA, 2002).

Embora casos iniciados por compromisso não tragam muitos problemas jurisdicionais para a CIJ, é crucial que ambas as partes manifestem sua vontade em ter a controvérsia específica adjudicada pela Corte inequivocamente (TOMUSCHAT, 2019, p. 745). Assim, qualquer declaração deve constituir uma indicação inequívoca da vontade de aceitar a jurisdição da Corte de uma maneira voluntária. Neste sentido, destaca-se aqui dois casos envolvendo disputas territoriais que promoveram discussões mais profundas relativas ao verdadeiro consentimento das partes em ter sua disputa levada à Corte.

⁶⁶ No caso *Pedra Blanca*, entre Singapura e Malásia, os Estados conduziram negociações diplomáticas por 14 anos, até que finalmente concordaram à submissão do caso para a Corte. Eles levaram outros 4 anos e 3 rodadas de negociação para elaborar os termos do compromisso (XUE, 2015, p. 59).

No caso *Aegan Sea Continental Shelf*, entre Grécia e Turquia, a Corte teve de interpretar um comunicado divulgado para a imprensa após um encontro entre os dois Estados em Bruxelas, no qual as partes decidiram que os problemas deveriam ser resolvidos por meio de negociações e aqueles que se relacionassem com a plataforma continental da Mar Egeu, pela CIJ. Ao passo em que a Grécia tentou arguir que este comunicado seria suficiente para demonstrar a concordância turca em levar o tópico para a Corte, a Turquia argumentou que seu consentimento, a ser demonstrado através de uma submissão conjunta com a Grécia, era essencial, não sendo o comunicado suficiente para este fim (CIJ, 1978, para. 102-106). A Corte concordou com a Turquia e determinou que o comunicado não provia uma base válida para se estabelecer sua jurisdição específica a fim de analisar os pedidos gregos (CIJ, 1978, para. 107).

Já no recente caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, a Corte teve de analisar um texto chamado *Minutes* que foi assinado pelos Governos do Bahrein, do Catar e da Arábia Saudita, o qual dizia que a Arábia Saudita ofereceria bons ofícios para tentar resolver a disputa e ao fim deste período, caso a controvérsia persistisse, o caso *seria* levado para a CIJ – e a tradução oferecida pelo Catar era de que o caso *poderia* ser levado para a CIJ (CIJ, 1994, para. 15-19). Ao passo que o Bahrein sustentou que este documento era um simples registro de negociações, a Corte concluiu que se tratava de um acordo internacional, capaz de justificar recorrer-se a si. Assim, mesmo sem ter registrado o documento conforme o disposto pelo artigo 102 da Carta da ONU⁶⁷, a Corte entendeu que ele não havia perdido sua força enquanto um instrumento internacional vinculante e que a disputa poderia ser levada até ela por meio dos termos nele acordados.

Estes casos demonstram que mesmo quando as partes chegam a um acordo quanto à submissão de determinada controvérsia à Corte, problemas jurisdicionais podem surgir, sendo, nos casos acima, problemas relativos à natureza e a força do documento invocado. Conforme Tomuschat (2019) pontua, a jurisprudência da Corte em relação ao procedimento sob o artigo 102 da Carta da ONU é inconsistente, afinal, este tópico não foi nem abordado no caso *Grécia v. Turquia*.

Dito isso, há de se pontuar que desafios à jurisdição da Corte como o feito no caso *Catar v. Bahrein* são raros em termos de compromissos. Em contraste, os casos iniciados unilateralmente sob o artigo 36.1 a partir de cláusulas compromissórias previstas em tratados

⁶⁷ Art. 102: 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1 deste Art. poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas. (ONU, 1945)

são, definitivamente, mais problemáticos. Nestes casos a Corte deve trabalhar com o escopo jurisdicional oferecido pelas cláusulas compromissórias de tratados que, por sua vez, não necessariamente são tão claras como um compromisso.

Além disso, o consentimento específico do Estado respondente emana de uma assinatura que pode ter sido feita décadas antes do caso concreto ser levado até a CIJ, o que, dentre outras razões, leva a um número maior de objeções preliminares. Neste próximo subcapítulo esta modalidade – cláusulas compromissórias – é analisada, a fim de se entender como a CIJ as interpreta e, ainda, se sua jurisprudência apresenta incongruências que podem notadas.

3.2 A invocação de Cláusulas Compromissórias e a árdua tarefa de determinar se seu escopo jurisdicional abrange as reivindicações das partes

Controvérsias que são levadas até a CIJ através de cláusulas compromissórias, diferentemente daquelas apresentadas por meio de compromissos, tendem a ser introduzidas de maneira unilateral, utilizando-se petições (TAMS, 2009, p. 4). Estas cláusulas são inseridas em tratados e preveem a possibilidade de que determinadas categorias de litígios resultantes destes acordos poderiam ser encaminhadas à Corte (BRANT, 2005, p. 245). Um exemplo de cláusula compromissória é o já aludido artigo IX da Convenção sobre o Genocídio de 1948, *in verbis*:

Artigo IX

As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia. (ONU, 1948)

Conforme Tams (2009, pp. 16-19) pontua, de maneira diversa às cláusulas mais antigas, como a prevista na Convenção sobre o Genocídio que é “obrigatória”, as novas cláusulas compromissórias incluídas em tratados internacionais desde a década de 90 tendem a ser “opcionais”, ou seja, os Estados Parte de determinada Convenção são convidados a declarar seu aceite relativo a uma forma vinculante de soluções de controvérsias prevista na cláusula compromissória. Um exemplo destas cláusulas é a da A Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço, que traz:

Ao assinar, ratificar, aceitar, aprovar ou aderir a esta Convenção, ou em qualquer momento posterior, uma Parte poderá declarar por escrito ao Depositário que, para uma controvérsia não resolvida de acordo com o parágrafo 1 deste Artigo [isto é, por meio de negociação, CJT], aceita um ou ambos os seguintes meios de solução de

controvérsias como obrigatórios em relação a qualquer Parte que aceite as mesmas obrigações:

- a) Submissão do litígio à Corte Internacional de Justiça;
- b) Arbitragem de acordo com o procedimento estabelecido no Anexo VI. (ONU, 1991 – tradução do autor)

No entanto, eles não são obrigados a aceitarem o mecanismo por ela previsto. Conforme o autor pontua, esse sistema faz com que o potencial das cláusulas dependa não no número de partes do tratado, mas sim no número de declarações aceitando este mecanismo da cláusula compromissória opcional. Adicionalmente, dentre aquelas cláusulas elaboradas nos últimos tempos, aquelas que não contam com o sistema opcional, alternativamente, preveem que primeiramente a disputa deve ser levada para arbitragem e apenas se os Estados falharem em concordar em relação à organização da arbitragem, o caso poderia ser dirigido para a CIJ (TAMS, 2009, p. 18). Um exemplo de cláusula compromissória que prioriza a arbitragem é o artigo 35.2 da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, que diz:

Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Partes relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que não possa ser resolvida por via comercial num prazo razoável será, a pedido de um destes Estados Partes, submetida a arbitragem. Se, no prazo de seis meses a contar da data do pedido de arbitragem, os Estados Partes não chegarem a acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer deles poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante requerimento em conformidade com o Estatuto da Corte. (ONU, 2003 – tradução do autor)

A Corte possui em seu sítio eletrônico uma lista de tratados que contém cláusulas compromissórias conferindo jurisdição a si.⁶⁸ Contudo, a página deixa explícito que a inclusão ou a omissão de um tratado não prejudicará o seu possível uso pela Corte em um caso particular (CIJ, 2023b). Christian Tams (2009, p. 11), por exemplo, afirma que existem aproximadamente entre 600-700 cláusulas compromissórias que permitem petições unilaterais à CIJ⁶⁹.

Em resumo, pode-se dividir os tipos de tratados que possuem cláusulas compromissórias em dois: tratados especializados e tratados gerais. Os tratados especializados são aqueles que governam aspectos substantivos específicos do direito internacional, aos quais uma cláusula compromissória é inserida (TAMS, 2009, p. 7). Ou seja, são tratados que tratam de normais materiais do direito internacional, como a Convenção de Montreal de 1971⁷⁰, os

⁶⁸ A lista pode ser encontrada em: <https://www.icj-cij.org/treaties> (acessado em: 18 jul. 2023)

Em relação à ela, Tomuschat aponta que é surpreendente que a lista exibida pela CIJ não mencione o 1928 General *Act for the Pacific Settlement of Disputes*, que já foi utilizado pro aplicantes para basear a jurisdição específica da CIJ, embora nunca tenha sido aplicado pela Corte nesse sentido. O autor pontua que ainda é uma questão em aberto se, portanto, o *Act* sobreviveu à queda da CPJI (TOMUSCHAT, 2019, p. 748).

⁶⁹ O número de cláusulas compromissórias previstas em novos tratados vem caindo exponencialmente. Para fins de ilustração, durante a década de 50, 101 clausulas foram criadas; década de 60, 61 clausulas; década de 70, 32 clausulas; década de 80, 11 cláusulas, e assim por diante. Entre 1994 e 2003 apenas 22 cláusulas foram feitas, sendo que a maioria eram clausulas compromissórias optativas (TAMS, 2009 p. 17).

⁷⁰ Convenção que deu origem aos casos *Lockerbie* entre Líbia e Reino Unido/ Estados Unidos (CIJ, 1998).

Protocolos Opcionais às Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares⁷¹, e a própria Convenção sobre o Genocídio.⁷² Conforme Tomuschat (2019, pp. 752-753) aponta, embora um grande número de tratados especializados esteja coberto por tais cláusulas, algumas matérias importantes do Direito Internacional não estão, como o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional sobre o Uso da Força.⁷³

Já os tratados gerais são instrumentos cujo objetivo é prever a solução pacífica de controversas entre dois ou mais países, incluindo o recurso para a CIJ (TOMUSCHAT, 2019, p. 748-749). Estes tratados estabelecem que determinadas disputas podem ser submetidas para a Corte e normalmente são regionais.⁷⁴ No âmbito da Europa existe a Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Controvérsias de 1957⁷⁵ e nas Américas o Pacto de Bogotá⁷⁶. Além disso, existem tratados bilaterais para a resolução pacífica de controvérsias (embora não sejam tantos)⁷⁷, a partir dos quais também é possível enxergar uma tendência a concluir acordos com parceiros regionais (TAMS, 2009, p. 10).

⁷¹ O Protocolo Opcional à Convenção de Viena sobre Relações Consulares serviu de base para estabelecer a jurisdição da Corte nos casos *LaGrand* e *Avena* no início dos anos 2000 contra os Estados Unidos. Após ser convocado à Corte nestas duas instâncias, os Estados Unidos denunciaram o Protocolo em 2005 (TOMUSCHAT, 2019, pp. 753).

⁷² Conforme discutido acima, a Convenção sobre o Genocídio foi invocada enquanto base de jurisdição específica nos casos relacionados ao conflito dos Balcãs e no caso *Gâmbia v. Myanmar*.

⁷³ Tams (2009, p. 11) acrescenta à este hall de tratados importantes sem cláusulas compromissórias os dois pactos internacionais de 1966, a Convenção sobre os Direitos da Criança e os Acordos da OMC.

⁷⁴ Conforme Tomuschat aponta, seria difícil concluir um tratado geral como estes em um nível global (2019, p. 749)

⁷⁵ Art. 1 - *[t]he High Contracting Parties shall submit to the judgment of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise between them* (ONU, 1957) De acordo com o site da ONU, esta Convenção só foi ratificada por 14 Estados (ONU, 1957)

⁷⁶ Art. 31 - “De conformidade com o inciso 2º do art. 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as Altas Partes Contratantes declaram que reconhecem, com relação a qualquer outro Estado Americano, como obrigatória, ipso facto, sem necessidade de nenhum convênio especial, desde que esteja em vigor o presente Tratado, a jurisdição da citada Corte em todas (*sic*) as controvérsias de ordem jurídica que surjam entre elas e que verssem sobre(*sic*): a) A interpretação de um tratado; b) Qualquer questão do Direito Internacional; c) A existência de qualquer fato que, se comprovado, constitua violação de uma obrigação internacional; ou d) a natureza ou extensão da reparação a ser feita em virtude do desrespeito a uma obrigação internacional.” (ONU, 1948b)

Destaca-se que, ao discutir o art. 31 do Pacto de Bogotá no caso *Border and Transborder Armed Actions*, entre Nicaragua e Honduras, a Corte buscou entender se ele – o art. – teria uma natureza de cláusula compromissória ou de um aceite coletivo da cláusula facultativa de jurisdição compulsória sob o art. 36.2 do Estatuto: “[...] a Corte pode observar a princípio que duas leituras possíveis da relação entre o art. XXXI e o Estatuto foram propostas pelas partes. Esse art. tem sido visto como uma disposição do tratado conferindo jurisdição ao Tribunal de acordo com o art. 36, parágrafo 1, do Estatuto, ou como uma declaração coletiva de aceitação de jurisdição obrigatória, nos termos do parágrafo 2 do mesmo art.. [...] No entanto, não há necessidade de prosseguir com esse argumento”. Conforme ela entendeu, não faria diferença para fins de estabelecer sua jurisdição específica naquele caso (CIJ, 1988, para. 32-34 – tradução do autor) De acordo com o site da ONU, o Pacto só foi ratificado por 13 Estados (ONU, 1957).

⁷⁷ De acordo com a informação disponível no site da Corte (<http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4>), são eles: Tratado de Não Agressão, Conciliação e Solução Judicial de 1939 (Colômbia/Venezuela); 1940 Tratado para a Solução Pacífica de Controvérsias (Brasil/Venezuela); 1950 Tratado de Amizade, Conciliação e Acordo Judicial (Turquia/Itália); 1956 Convenção sobre Acordo Judicial (Grécia/Suécia) e o Tratado Britânico-Suíço acima mencionado para Conciliação, Acordo Judicial e Arbitragem entre o Reino Unido e a Suíça.

A exceção à regra da regionalidade é representada pelo Ato Geral para a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais, que possui tanto sua versão original, quanto revisada. A versão revisada de 1949 possui apenas oito Estados-parte⁷⁸, o que reflete a dificuldade de criar um sistema de jurisdição obrigatória em âmbito global. Já a versão original de 1928 teve 22 ascensões⁷⁹, mas se ele sobreviveu ou não ao fim da Liga das Nações é uma dúvida que a CIJ ainda não sanou (TOMUSCHAT, 2019, p. 747-749).⁸⁰

Por conta do amplo escopo destes tratados gerais, somado ao grande número de cláusulas compromissórias em tratados especializados, Tams (2009, p. 15) conclui que a ocorrência em potencial de um litígio ocorrer na CIJ sobre questões controversas e delicadas das relações internacionais é, portanto, muito maior do que geralmente se supõe. Entretanto, a palavra que merece destaque nesta afirmação é *potencial*.

Ora, é inegável que as cláusulas compromissórias existem e possuem o potencial de levar tópicos de diversas naturezas até a CIJ, porém, pergunta-se: existe por parte da Corte uma análise legal que permitirá que tais tópicos, por mais politicamente difíceis que sejam, tenham seus méritos discutidos, ou sua análise deixar-se-á influenciar por fatores extralegais a ponto de alterar sua decisão? A resposta para esta pergunta está intimamente ligada à tarefa que a Corte possui de determinar o escopo das cláusulas compromissórias e, logo, se determinada demanda introduzida por um Estado aplicante cai ou não neste escopo invocado como base jurisdicional.

Conforme Dimetto (2022, p. 6) propõe, Estados aplicantes decidem por diversas razões políticas levar casos à Corte utilizando a cláusula compromissória de um tratado, mesmo que o “núcleo ou a *crux*” da disputa caísse fora daquele instrumento. Afinal, como Fontanelli pontua, uma reivindicação limitada é melhor que reivindicação nenhuma, e ensaiar a disputa em seus vários aspectos perante a CIJ, mesmo que para ganhar capital político, fazendo o Estado respondente se defender por anos, pode ser atrativo mesmo sem uma perspectiva de efetivamente ter suas demandas acolhidas (FONTANELLI, 2021, p. 13).

⁷⁸ São estes: Bélgica, Burkina Faso, Dinamarca, Estônia, Luxemburgo, Holanda, Noruega e Suécia.

⁷⁹ Christian Tams (2009, p. 13) afirma que o Ato original tem 19 Estados-Parte, embora ele reconheça o contraste desta informação com aquelas disponibilizada no sítio eletrônico da ONU.

⁸⁰ O Governo da Índia, por exemplo, já declarou que “O Ato Geral de 1928 para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais foi um acordo político e parte integrante do sistema da Liga das Nações. Sua eficácia foi prejudicada pelo fato de que os órgãos da Liga das Nações a que se refere já desapareceram. É por essas razões que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 28 de abril de 1949, adotou a Lei Geral Revisada para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais” Tomuschat (2019, p. 748 – tradução do autor) pontua que embora alguns Estados aplicantes já tenham tentado invocar com Ato original de 1928 como base de sua jurisdição específica, a Corte tem evitado deliberadamente este tópico e nunca proveu uma resposta definitiva para a questão.

Em meio a estas considerações políticas, a discussão jurídica de Dimetto (2022, p. 7) pode ser vista no âmbito deste trabalho como inserida na dimensão da determinação da jurisdição específica *ratione materiae* da CIJ. Conforme o autor pontua, sua análise busca verificar se a Corte tem sido capaz de modelar um teste coerente para estabelecer sua jurisdição *ratione materiae* a partir de cláusulas compromissórias na fase de objeções preliminares (DIMETTO, 2022, p. 7).

Em sua análise, Dimetto (2022, p. 8-9) aponta que no âmbito da CPJI a Corte adotava uma interpretação ampla das cláusulas dos tratados invocados para provê-la com jurisdição, buscando entender se as cláusulas sobre as quais a petição era baseada estavam dentre aquelas sobre as quais a jurisdição da Corte havia sido estabelecida. Entretanto, ela entendia que deveria estar *definitivamente convencida* que a controvérsia se encaixava no escopo daquele instrumento invocado, não sendo suficiente uma *conclusão meramente provisória* (CPJI, 1924, p. 16). Ou seja, era necessário confirmar que o pedido do Estado aplicante realmente caía no escopo daquele tratado invocado, não sendo suficiente que a Corte concluísse que existia uma conexão provisória.

Dimetto destaca que o nível de certeza necessário para estabelecer sua jurisdição foi flexibilizado após 1945 pela CIJ, quando passou a entender que seria suficiente existir uma “*conexão razoável* entre o Tratado e as reivindicações submetidas à Corte (CIJ, 1984, para, 81 – destaque nosso).” Além de seu entendimento no caso *Military and Paramilitary in and Against Nicaragua*, Dimetto (2022, pp. 9-10) destaca também os casos *Ambatielos* de 1953 e *Interhandel* de 1959.

Na década de 1990, no entanto, no caso *Oil Platforms*, entre Irã e Estados Unidos, a CIJ entendeu que precisaria *determinar* se a controvérsia caía ou não dentro das disposições do tratado:

[...] as Partes divergem sobre a questão de saber se a controvérsia entre os dois Estados com respeito à legalidade das ações realizadas pelos Estados Unidos contra as plataformas de petróleo iranianas é uma disputa "quanto à interpretação ou aplicação" do Tratado de 1955. Para responder a essa questão, a Corte não pode limitar-se a observar que uma das partes sustenta que tal controvérsia existe e a outra a nega. *Deve verificar se as violações do Tratado de 1955 alegadas pelo Irã se enquadram ou não nas disposições do Tratado* e se, como consequência, a disputa é uma que a Corte tem jurisdição *ratione materiae* para conhecer, de acordo com o Artigo XXI, parágrafo 2. (CIJ, 1996a, para. 16 – destaque e tradução do autor)

Neste sentido, a CIJ aplicou um teste mais estrito do que aquele que vinha aplicando – como, por exemplo, no caso *Military and Paramilitary Military Activities in and Against Nicaragua* de 1984 – entendendo, na decisão de 1996 do caso *Oil Platforms* que deveria

verificar se as alegações se enquadravam nas disposições do tratado, ao invés de se satisfazer uma mera ‘conexão razoável’, como apontou-se no aludido caso de 84.

Vale dizer que o raciocínio aplicado pela Corte no caso mais recente foi mais extensivamente elaborado pela juíza Rosalyn Higgins em sua opinião separada. Neste raciocínio, que foi chamado por Dimetto (2022, p. 13) de “teste Higgins”, a juíza explicou que:

[...] não é suficiente dizer que há manifestamente uma disputa sobre a aplicação e, de fato, a interpretação do Tratado - e que, portanto, existe jurisdição sob o Artigo XXI. Foi sugerido à Corte pelo Irã que bastava haver diferenças entre os dois lados quanto à aplicação do Tratado (CR 96115, p. 31). Mas é preciso fazer a pergunta: o suficiente para quê? É suficiente, claro, para que a Corte tenha de exercer a sua *compétence de la compétence*, como o faz agora. Mas não é necessariamente suficiente no sentido de ser a chave-mestra para que a causa prossiga ao mérito. A Corte deve primeiro decidir se as reivindicações se enquadram no Tratado de 1955 - em outras palavras, se o Tratado se aplica. No presente caso, em que há disputa de competência, havendo controvérsia sobre "a interpretação ou aplicação" de um tratado, a "aplicação" é decidida na fase jurisdicional. Quando a Corte tiver que decidir, com base em um tratado cuja aplicação e interpretação são contestadas, se ela é tem jurisdição, essa decisão deve ser *definitiva*. [...] (CIJ, 1996b, paras. 30-31 – tradução do autor)

Conforme Higgins explica na sequência de sua opinião, para fins de jurisdição, a CIJ deve aceitar os fatos alegados pelo aplicante como verdadeiros e, à luz deles, deve interpretar os artigos supostamente violados para compreender se, com bases nesses fatos, poderia ter ocorrido alguma violação de um ou mais destes artigos (CIJ, 1996b, para. 32).⁸¹ Segundo Dimetto (2022, p. 13), após o caso *Oil Platforms*, o teste Higgins se tornou o *standard* a ser aplicado pela CIJ. Entretanto, o autor aponta que desde 2018 a Corte passa novamente por uma fase instável no que tange a determinação do escopo das cláusulas compromissórias, tendo empregado certa ambiguidade ao lidar com situações análogas (DIMETTO, 2022, p. 15-16).

Em 2018, no caso *Immunities and Criminal Proceedings*, iniciado pela Guiné Equatorial contra a França, a Guiné apontou para o artigo 4 da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), dizendo que ele impunha sobre os Estados uma obrigação autônoma de respeitar as regras de Direito Consuetudinário relativas a imunidades e oficiais de Estado (CIJ, 2018a, para. 78). A CIJ entendeu que este não seria o conteúdo do artigo 4 e, conseqüentemente, que não possuiria jurisdição *ratione materiae* para discutir este aspecto da controvérsia. (CIJ, 2018aa, para. 93-102).

Na análise de Dimetto (2022, p. 17) sobre o caso, parece não ter restado claro qual teste jurisdicional a Corte usou, se é que ela usou algum, e que pareceu que a solução escolhida pela

⁸¹ Em oposição à maioria e ao raciocínio de Higgins, o juiz Shahabudden entendeu em sua opinião dissidente que uma interpretação definitiva não poderia ser feita na fase objeções preliminares, sendo suficiente requerer do aplicante um “*arguable case*” (CIJ, 1996c)

CIJ foi excessivamente severa. Afinal, a Corte fez uma interpretação substancial do artigo 4 antes da fase dos méritos.

De fato, alguns juízes dissidentes entenderam que “[...] A leitura simples do Artigo 4 (1) é que um Estado parte, ao cumprir suas obrigações sob a Convenção, é obrigado a respeitar as regras de imunidade do Estado como uma expressão do princípio da igualdade soberana.” (CIJ, 2018b, para. 44 – tradução do autor). Até o juiz Abraham, que não era dissidente pois concordou com a maioria, pontuou que o raciocínio da Corte foi “[...] em alguns aspectos, legalmente falho (CIJ, 2018c, para. 2 – tradução do autor)”, demonstrando que, talvez, a discussão interpretativa feita pela CIJ pertencia à fase de méritos.

Em 2019, no caso iniciado pela *Ucrania v. Rússia* a despeito de supostas violações da Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo (ICSFT) e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), a Rússia alegou preliminarmente que a controvérsia se relacionava com assuntos desconectados com as duas Convenções utilizadas pela Ucrânia e que os procedimentos constituíam um pretexto para trazer uma disputa muito mais ampla, envolvendo a aplicação de outras regras de direito internacional (CIJ, 2019a).

A Corte, sem citar o precedente *Guiné v. França* de 2018, apenas afirmou que sua tarefa seria considerar as questões de Direito e de fato que são relevantes para a objeção à sua jurisdição, então concluindo o seguinte: em relação à ICSFT, entendeu que esta Convenção requer a criminalização de crimes nos quais os criminosos financiam com a *intenção* de que estes fundos sejam usados ou *cientes* de que eles serão usados, para cometer atos de terrorismo (CIJ, 2019a, para. 63). Considerando que a existência do requisito de “intenção” ou “ciência” levanta problemas complexos de fato, que seriam um assunto para os méritos, a Corte rejeitou a objeção russa e afirmou sua jurisdição (CIJ, 2019a, para. 63).

Já no que tange a CERD, a Corte declarou que não precisava determinar se as medidas reclamadas pela Ucrânia de fato equivalem à discriminação racial nos termos da Convenção, mas que bastaria entender se tais medidas caíam no escopo das disposições da mesma (CIJ, 2019a, para. 94). Logo, concluiu que, por caírem no escopo da CERD, ela teria jurisdição (CIJ, 2019a, para. 95-97).

No caso *Alleged Violations of the 1955 Treaty* de 2021, iniciado pelo Irã contra os Estados Unidos, a CIJ precisou determinar se sanções impostas pelo respondente eram ou não ilegais sob os termos do tratado. Em seu desafio à jurisdição da Corte, os Estados Unidos afirmaram que a maioria das sanções havia sido impostas contra terceiros, e, portanto, saíam do escopo do Tratado de 1955 (CIJ, 2021c). Ao analisar a objeção levantada, a Corte entendeu

que apenas através de um exame detalhado de cada uma das sanções, seu alcance e seus efeitos ela poderia determinar se elas caíam dentro do escopo do Tratado e, assim, esta questão pertencia aos méritos do caso (CIJ, 2021c).

Ou seja, a Corte preferiu levar o tópico para os méritos, ao invés de concluir que não possuía jurisdição. Conforme o juiz Tomka apontou em sua declaração apartada ao julgamento, ao adotar um teste flexível como este, a Corte parece ter se separado de seu precedente de 1996 – o teste Higgins. Tomka destaca que, se na fase de méritos a Corte decidisse que as disposições apontadas pelo Irã não foram violadas, pois não teriam o condão de proteger o seu comércio com terceiros, então, a conclusão lógica seria que as reivindicações Iranianas não cairiam dentro destas disposições e, portanto, a Corte não teria jurisdição (CIJ, 2021d).

Por fim, destaca-se o caso *Application of CERD*, instituído pelo Catar contra os Emirados Árabes Unidos, no qual o Estado aplicante acusou o respondente de violar a CERD ao adotar medidas discriminatórias contra seus nacionais. Os Emirados Árabes Unidos levantaram uma objeção à jurisdição da Corte alegando que o conceito de nacionalidade seria diferente do conceito de origem nacional, que a CERD protegia apenas o segundo e que, portanto, as reivindicações do Catar relacionadas com uma suposta discriminação direcionada àqueles que possuíam sua nacionalidade sairia do escopo da Convenção. A Corte, concluiu que medidas discriminatórias baseadas em origem nacional realmente não incluíam aquelas baseadas em nacionalidade e, então, que não possuía jurisdição (CIJ, 2021a).⁸²

Conforme pontuado por juízes dissidentes como a Juíza Sebutinde, nesta decisão da Corte não se examinou a evidência detalhada aduzida pelo Estado aplicante em prol de sua reivindicação de “discriminação indireta” (CIJ, 2021e, para. 20), isto é, quando “uma medida resulta em tal distinção por efeito (CIJ, 2021e, para. 109)”. Nesta linha, o juiz Iwasawa pontuou que se a diferenciação de tratamento baseada em nacionalidade possuisse um impacto prejudicial desproporcional injustificável em um grupo distinto identificável por raça, cor, descendência, ou origem nacional ou étnica, ela constituiria discriminação racial nos termos do artigo 1.1 da CERD (CIJ, 2021f, para. 59). Para o juiz-presidente Yusuf, a questão relativa a se as medidas dos Emirados Árabes Unidos eram de fato, ou não, discriminação racial era uma questão de fato que deveria ser trabalhada nos méritos - e não como uma ferramenta para justificar uma conclusão de que as medidas reclamadas pelo Catar saíam do escopo da jurisdição da Corte (CIJ, 2021g, para. 16-18).

⁸² A decisão da Corte, conforme destaca Dimetto (2022, pp. 23-25), conflitou com o entendimento da Comitê da CERD, que concluiu que tratamento diferenciado com base em cidadania (no original *citizenship*) ou status de imigração (no original *immigration status*) poderia constituir discriminação.

Ao analisar esta sequência recente de casos, Dimetto (2022, p. 25) pontua que a CIJ está adotando abordagens oscilantes, sendo injustificadamente estrita em alguns, como no caso *Guiné Equatorial v. França* de 2018, quando a Corte “excluiu drasticamente a relevância da Convenção de Palermo”, e no caso *Catar v. Emirados Árabes Unidos*, em que a CIJ excluiu sua jurisdição *ratione materiae* sobre as reivindicações do Catar a partir de uma “aplicação mecânica do conceito de origem nacional” (DIMETTO, 2022, p. 26). Ao mesmo tempo, a abordagem da Corte parece ser mais flexível em outros casos, nos quais ela tem aparentemente se satisfeito que as disposições substantivas do tratado invocado pela aplicante fossem relevantes, como no caso *Ucrânia v. Rússia* de 2019, em que a CIJ confirmou sua jurisdição sob uma formulação ampla das disposições alegadas pela Ucrânia como violadas (DIMETTO, 2022, p. 26)

Além disso, Dimetto (2022, p. 26) expõe a inconsistência da Corte ao lidar com a relevância dos fatos dos casos para sua jurisdição específica *ratione materiae*. Veja-se: a CIJ considerou no citado caso *Ucrânia v. Rússia* que os elementos de intenção e ciência citados no ICSFT levantavam problemas complexos de fato – afirmando assim sua jurisdição; ao passo em que no caso *Irã v. Estados Unidos* de 2021 a questão das medidas de terceiros era um tópico para os méritos – rejeitando assim a objeção preliminar; e que no caso *Catar v. Emirados Árabes Unidos* de 2022 a Corte não considerou a relevância dos fatos e excluiu de sua jurisdição medidas de poderiam, ou deveriam, ter sido analisadas com base na CERD.

De fato, é difícil não perceber que em certos casos a Corte chega a conclusões substantivas que poderiam ser consideradas como pertencentes ao mérito – já que a consequência prática dessas interpretações é o entendimento de que uma violação não aconteceu – ao passo que em outros decide afirmar sua jurisdição e deixar certas questões para a fase de mérito.

De maneira objetiva, pode-se observar a maneira com que a Corte variou em seus testes jurisdicionais na seguinte tabela:

Tabela 3 – Abordagens jurisdicionais relativos às cláusulas compromissórias

Ano	Caso	Tratado Discutido	Decisão da Corte	Votação
1924	Mavrommatis Plaestine Concessions (Grécia v. Grã- Bretanha)	Mandato Britânico da Palestina	Nega sua jurisdição. Afirma que precisava estar definitivamente convencida de que as reivindicações caíam no escopo do mandato (Abordagem formalista)	Indisponível (Mas nota-se que foram anexadas 5 opiniões dissidentes)
1984	Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua	Treaty of Friendship, Commerce and Navigation	Confirma sua jurisdição. A Corte entendeu que para estabelecer sua jurisdição a Nicaragua precisaria estabelecer uma conexão razoável entre	14 x 2

	(Nicaragua v. Estados Unidos)		suas reivindicações e o tratado (Abordagem flexível)	
1996	Oil Platforms (Irã v. Estados Unidos)	1955 Treaty of Amity	Afirmou parcialmente sua jurisdição. Entender que deve determinar se as violações do Tratado de 1955 alegadas pelo Irã se enquadram ou não nas disposições do Tratado. Fez uma análise minuciosa de cada artigo supostamente violado e concluiu que possuía jurisdição para analisar apenas 1 artigo nos méritos (Abordagem Formalista)	14 x 2
2018	Immunities and Criminal Proceedings (Guiné Equatorial v. França)	Convenção de Palermo (United Nations Convention against Transnational Organized Crime)	Negou sua jurisdição em relação a este tratado. Embora não tenha ficado claro qual teste jurisdictional foi utilizado, a Corte fez uma interpretação substancial do artigo 4 e entendeu que ele não poderia englobar as reivindicações da Guiné Equatorial (Abordagem formalista)	11 x 4
2019	Application of the ICSFT and of the CERD (Ucrânia v. Rússia)	International Convention For The Suppression Of The Financing Of Terrorism (ICSFT) e International Convention On The Elimination Of All Forms Of Racial Discrimination (CERD)	Quanto à ICSFT, a CIJ afirmou sua jurisdição, entendendo que a existência do requisito de “intenção” ou “ciência” levantava problemas complexos de fato, que seriam um assunto para os méritos. Quanto à CERD, a CIJ afirmou sua jurisdição, entendendo que não precisava determinar se as medidas reclamadas pela Ucrânia de fato equivalem à discriminação racial nos termos da Convenção, mas que bastaria entender se tais medidas caíam no escopo das disposições da mesma. (Abordagem flexível).	Quanto à ICSFT – 13 x 3 Quanto à CERD – 15 x 1
2021	Alleged Violations of the 1995 Treaty of Amity (Irã v. Estados Unidos)	1955 Treaty of Amity	A Corte preferiu levar o tópico para os méritos, ao invés de concluir que não possuía jurisdição. A Corte entendeu que apenas através de um exame detalhado de cada uma das sanções, ela poderia determinar se elas caíam dentro do escopo do Tratado, e, assim, esta questão pertencia aos méritos do caso (Abordagem flexível)	15 x 1
2021	Application of CERD (Catar v. Emirados Arabes Unidos)	International Convention On The Elimination Of All Forms Of Racial Discrimination (CERD)	Negou sua jurisdição. A Corte fez uma interpretação dos artigos da CERD e concluiu que as reivindicações do Catar não caíam no escopo da Convenção (Abordagem formalista)	11 x 6

Fonte: elaboração própria.

A tabela demonstra objetivamente a discussão construída até agora. De fato, é perceptível que a CIJ adotou abordagens mais formalistas em alguns momentos e mais flexíveis em outros. É difícil tentar enxergar um padrão ou razões óbvias para tal, no entanto, destaca-

se que é nítida a mudança observada. Mais a frente voltaremos neste ponto para tentar compreender estas inconsistências através de uma perspectiva TWAILer.

Desde que o artigo que Dimetto foi publicado em 2022 expondo essas controvérsias, a Corte foi confrontada, ou melhor, está sendo confrontada, com um novo caso no qual precisará determinar o escopo de uma cláusula compromissória e se as reivindicações do aplicante caem dentro das disposições da Convenção, qual seja, um novo *Ucrânia v. Rússia*.

No dia 26 de Fevereiro de 2022, a Ucrânia submeteu diante da CIJ uma petição relativa à interpretação, aplicação e cumprimento da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio de 1948, diante da Corte contra a Federação Russa (CIJ, 2022a, pp. 1-3). Os requerimentos apresentados pela Ucrânia fundamentaram-se na alegação de que a Rússia estava indevidamente justificando sua intervenção militar em território ucraniano com base em um suposto genocídio que estaria ocorrendo nas regiões de Luhansk e Donetsk (CIJ, 2022a, p. 5). A essência do argumento da Ucrânia baseou-se na constatação de que as afirmações feitas pela Rússia careciam de respaldo legal na definição de genocídio estabelecida na mencionada Convenção, bem como não possuíam apoio factual para sustentar tais alegações (CIJ, 2022a, pp. 7-8).

A Ucrânia aponta para diversas instâncias (CIJ, 2022a, p. 8) nas quais autoridades russas afirmaram que um genocídio estaria acontecendo na região, com o intuito de justificar suas iniciativas militares, incluindo as declarações feitas pelo Presidente Vladimir Putin em 21 de fevereiro, quando ele se referiu ao que considerou “horror e genocídio, que quase 4 milhões de pessoas estão sofrendo” (ADDRESS BY THE PRESIDENT OF RUSSIA, 2022 – tradução do autor)⁸³, e em 24 de fevereiro, quando ele explicou à sua população que o propósito da operação seria “parar esta atrocidade, este genocídio das milhões de pessoas que vivem lá e que confiaram suas esperanças na Rússia” (ADDRESS BY THE PRESIDENT OF RUSSIA, 2022 – tradução do autor).

Nesse sentido, a Ucrânia pediu que a Corte Internacional de Justiça declarasse que nenhum ato de genocídio foi cometido em Luhansk e Donetsk nos termos da Convenção de 1948 e, por consequência, apontasse a ilegalidade das ações Russas nos termos do mesmo documento (CIJ, 2022a, para. 30).⁸⁴ Além disso, a Ucrânia solicitou que a Corte determinasse que a Rússia fornecesse garantias de não repetição, no sentido de evitar a adoção de qualquer

⁸³ ADDRESS by the President of Russia 21/02/2022. Disponível em: <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/statements/67828>. Acesso em: 17 mar. 2022

⁸⁴ CIJ. *Ukraine v. Russian Federation*. Application instituting proceedings. 27/02/2022. para. 30. Disponível em: <https://www.CIJ-cij.org/en/case/182>. Acesso em: 17 mar. 2022

medida ilegal na (ou contra a) Ucrânia, incluindo o uso da força, com base em sua alegação falsa de genocídio. Além disso, a Ucrânia pleiteou que a Corte ordenasse a reparação completa de todos os danos causados pela Rússia como consequência de suas ações fundamentadas em sua alegação falsa de genocídio (CIJ, 2022a, para. 30).

À luz da discussão realizada acima a partir da proposta de Dimetto, é interessante notar que, embora seja razoável dizer que a Corte teria jurisdição específica *ratione materiae* sobre os pedidos ucranianos de que não teria havido um genocídio em Luhansk e Donetsk, questiona-se se a cláusula compromissória da Convenção poderia provê-la com jurisdição para analisar a legalidade da incursão militar russa e a eventual reparação devida. Afinal, o objeto destes pedidos possui uma relação menos óbvia com a Convenção por lidarem com a legalidade do uso da força e não com o conceito de genocídio *per se*. Embora a Corte não tenha emitido sua sentença definitiva relativa à sua jurisdição, ela respondeu ao pedido Ucraniano pela indicação de medidas provisórias na ordem de 16 de março de 2022, no qual ela teve de analisar sua jurisdição *prima facie*.⁸⁵

Sobre a ligação entre a Convenção e suas demandas, é relevante notar que, durante a audiência ocorrida em 7 de março de 2022, a Ucrânia afirmou que mesmo que a existência de genocídio fosse estabelecida - uma alegação que ela contestou enfaticamente - isso não justificaria uma ação militar russa de acordo com os termos da Convenção. Isto se deve ao fato de que a Convenção de 1948 estabelece a utilização dos mecanismos da ONU no Artigo VIII e recorre à própria Corte no Artigo IX. Em nenhum momento a Convenção aborda o uso da força para garantir seus objetivos, nem mesmo no Artigo I, que trata das obrigações entre as partes para assegurar o propósito do tratado.⁸⁶ Por isso, para a Ucrânia, a Rússia não teria agido de boa-fé quando da aplicação da Convenção de 1948⁸⁷ (CIJ, 2022a, para. 53).

⁸⁵ Para uma análise detalhada deste caso perante a CIJ cobrindo até a decisão de 16 de março de 2022, veja (SQUEFF; CARRIJO, 2022).

⁸⁶ Porém, é importante ressaltar o parágrafo 56 da decisão, onde a Corte reafirma que o Art. I da Convenção de 1948 não especifica explicitamente os métodos que os países devem seguir para cumprir suas obrigações contidas na convenção. No entanto, a Corte destaca que essas obrigações devem sempre ser cumpridas dentro dos limites do direito internacional. No parágrafo 59, a Corte observa que só poderá examinar minuciosamente se os argumentos apresentados pela Rússia estão em conformidade com a legalidade quando analisar o mérito do caso. No entanto, a Corte já antecipa sua visão sobre o assunto ao mencionar que “*it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a contracting party’s unilateral use of force in the territory of another State [...]*”, Cf. (CIJ, 2022b, para. 56 e 59).

⁸⁷ O ponto a ser destacado é que se argumenta que a Rússia não teria agido de maneira honesta. Isso é sustentado pelo fato de que, embora a Convenção de 1948 não mencione explicitamente o uso da força para defender seus objetivos, ela faz referência à importância de seguir a Carta das Nações Unidas, que, por sua vez, proíbe o uso da força conforme mencionado anteriormente. Dessa forma, alega-se que a Rússia teria agido de forma oposta ao que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estabelece. Esse tratado, em seu art. 26, estipula a obrigação de aderir ao princípio da boa-fé. e no art. 31(1) a necessidade de se interpretar "um tratado [...] de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade", o que, consoante o art. 31(2), inclui "além do texto, seu preâmbulo e anexos". Cf. (ONU, 1969).

Para tanto, é preciso compreender os argumentos russos. Em que pese não tenha enviado representantes para a audiência⁸⁸, no dia 7 de março, a Rússia submeteu à Corte um documento no qual expunha suas razões para acreditar que a CIJ não possuía jurisdição sobre a disputa. Nesse documento, é possível observar que a Rússia alterou sua argumentação em relação às bases legais de suas ações, na tentativa de excluir a aplicação da Convenção de 1948, que havia conferido à Corte a jurisdição para analisar o caso. A Rússia negou que a justificativa para o uso da força estivesse ancorada na Convenção de Genocídio. Em vez disso, argumentou que o uso da força se baseava no Direito Consuetudinário, especificamente sustentando que as menções ao suposto genocídio não necessariamente invocavam a Convenção, uma vez que a noção de genocídio também existiria nesse âmbito, independentemente do que está estipulado no tratado de 1948. Além disso, a Rússia também mencionou o Artigo 51 da Carta das Nações Unidas como fundamento para sua ação. (CIJ, 2022c, pp. 4-6).⁸⁹

Nesse sentido, quanto ao primeiro fator, a Rússia alegou ter se baseado na passagem da CIJ no caso “*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*”, entre Croácia e Sérvia, quando ela afirmou que a cláusula jurisdicional da Convenção não estende a jurisdição da Corte para supostas violações de regras do advindas do direito consuetudinário relativo ao genocídio (CIJ, 2015, para. 87). Assim, segundo a Rússia, a Corte não teria jurisdição *prima facie* sobre o caso e, logo, não poderia outorgar as medidas provisórias requeridas pela Ucrânia (CIJ, 2022c, p. 6).

Quanto ao segundo argumento relacionado ao uso da força, é crucial ressaltar que a argumentação baseada no Artigo 51 da Carta das Nações Unidas é consideravelmente mais difícil de ser aceita. Isso decorre do fato de que, em primeiro lugar, quando não ocorreram ataques armados anteriores ou não se sabe se tais ataques realmente acontecerão, o uso da força em legítima defesa não seria justificável.

De forma significativa, é necessário enfocar os parágrafos 37, 38, 40 e 41 da decisão, onde a Corte enfatiza que o argumento da Rússia estava centrado na suposta possibilidade de

⁸⁸ Destaca-se que quando o tribunal possui autoridade legal para ouvir um processo com base em um acordo de resolução de disputas estipulado em um tratado (no caso em questão, a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, especificamente o art. IX), se uma das partes não se faz presente durante os procedimentos, ela será julgada à revelia, conforme já ocorreu em situações passadas. Um exemplo notável é o caso emblemático entre Estados Unidos e Irã em 1980, no qual o Irã não compareceu perante o tribunal, apesar da existência de uma cláusula estipulada no tratado – nesse contexto, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. Este caso em particular foi mencionado pela própria Corte no parágrafo 23 da decisão em questão. É importante enfatizar que na ausência de jurisdição estabelecida previamente, ainda é possível que um litigante busque o tribunal. No entanto, nesse cenário, o outro Estado não tem a obrigação de comparecer ou responder (caso o faça, isso estabelecerá a jurisdição através do conceito de "Forum Prorogatum"). Sobre o tema, veja, (CIJ, 1980; CIJ, 1948).

genocídio na região de Donbas. Além disso, diante da afirmação russa de que a Convenção de 1948 não estava sendo invocada para legitimar sua 'operação militar especial' no território ucraniano, a Corte recordou no parágrafo 46 da sentença que, mesmo que essa fosse a situação, “certos atos ou omissões podem ensejar uma disputa que recaem sob um ou mais tratados (CIJ, 2022b, para. 46 – tradução do autor)”.

Noutros termos, a Corte entendeu que ela teria jurisdição *ratione materiae* sobre o caso. Dois juízes dissidentes entenderam que a Corte não tinha jurisdição para conceder as duas primeiras medidas provisórias pedidas pela Ucrânia. Para a juíza chinesa Xue, as questões levantadas pela Ucrânia estariam relacionadas ao uso da força, não se enquadrando, portanto, no escopo da Convenção de 1948 e, assim, não concedendo jurisdição ao Tribunal (CIJ, 2022d). Na mesma linha, o juiz russo Gevorgian afirmou que o caso dizia respeito à questão do uso da força, sem qualquer vínculo jurídico com a eventual prática de genocídio. Em sua opinião, com base no raciocínio ucraniano, qualquer ato supostamente ilegal poderia ser “enfiado” em um tratado aleatório, desde que o objeto regulado pelo tratado desempenhasse algum papel nas considerações políticas anteriores ao ato (CIJ, 2022e).⁹⁰

É claro que a decisão foi feita em âmbito provisório, ainda faltando uma decisão permanente a ser emitida face às objeções preliminares levantadas pela Rússia. Quanto à essa decisão vindoura, destaca-se que 33 Estados entraram com pedidos perante à CIJ para intervirem no caso à luz do artigo 63 do Estatuto.⁹¹ Todos os pedidos de intervenção avançam versões diferentes da mesma posição: A de que a CIJ possuiria jurisdição para analisar as reivindicações da Ucrânia contra a Rússia em sua integridade (CIJ, 2022f).

Os Estados interventores argumentam que o conceito de controvérsia como positivado na clausula compromissória da Convenção é suficientemente amplo para abranger a possibilidade de que discussões relativas à legalidade das atitudes de um aplicante sejam discutidas pela CIJ (CIJ, 2022f)..⁹² Ou seja, que quando um Estado fosse acusado de genocídio, como a Ucrânia o foi pela Rússia, este Estado poderia acionar a Corte buscando uma

⁹⁰ A opinião dos juízes não deve estar relacionada com a sua nacionalidade. E não houve problemas a esse respeito; embora as preocupações em torno da concessão da medida se concentrassem fortemente nos juízes russos e chineses. Nesse ponto, é importante destacar a questão levantada, em especial, pelo juiz russo, quando comparou o caso em questão com o caso *Sérvia e Montenegro v. Bélgica*, visto acima, cujas medidas provisórias foram julgadas em 1999, para afirmar que neste, como naquele, não haveria um ato de genocídio sendo perpetrado (neste, por forças da OTAN; e neste, pela Rússia), e, portanto, a Convenção não conferiria jurisdição *prima facie* ao Tribunal (CIJ, 2022e).

⁹¹ A admissibilidade destas intervenções foi analisada pela ordem emitida em 5 de junho de 2023, na qual a Corte considerou todos os pedidos de intervenções admissíveis, menos o dos Estados Unidos, que possui uma reserva à clausula compromissória da Convenção sobre o Genocídio (CIJ, 2023).

⁹² Alguns Estados nomearam essa possibilidade como “*non-violation complaints*”. Veja, por exemplo, a Declaração da Letônia em seu parágrafo 40.

determinação de que esta acusação é, ou não, verdadeira (CIJ, 2022f).. Para trazer o tópico do uso da força para dentro do escopo da jurisdição da CIJ, os Estados interventores, em geral, apontam para a inclusão do verbo “*fulfilment*”⁹³ na cláusula compromissória, entendendo que ele concede jurisdição para a Corte analisar o cumprimento das obrigações sob a Convenção (CIJ, 2022f)..⁹⁴ Para estes Estados, isso incluiria analisar se, ao alegar que estava cumprindo com suas obrigações de prevenir genocídio sob o artigo 1 da Convenção mediante sua incursão militar, a Rússia agiu, ou não, em boa-fé (CIJ, 2022f).

Em conclusão, percebe-se que discussões relativas à jurisdição específica *ratione materiae* da CIJ em casos iniciados a partir de cláusulas compromissórias centram-se ao redor da determinação do escopo desta cláusula, e conseqüentemente, da conclusão relativa a se as reivindicações do Estado aplicante caiem, ou não, naquilo que a cláusula prevê que a Corte terá jurisdição sobre. Este processo envolve a aplicação, por parte da CIJ, de seu teste jurisdicional para entender se as reivindicações levantadas pelo Estado são suficientemente conectadas com os termos do tratado invocado a ponto de conceder jurisdição à Corte. Como visto, este teste tem variado ao longo da jurisprudência da Corte – especialmente nos últimos anos. Além disso, é possível que a escrita da cláusula compromissória em si seja relevante, como argumentado pelos Estados interventores do caso Ucrânia v. Rússia, a fim de entender se ela permite, ou não, que a Corte avalie controvérsias que caiem na zona cinzenta entre aquilo que a Convenção não trata e aquilo que ela trata.

Uma investigação mais profunda das possíveis razões pelas quais estes testes variam, causando uma incongruência na interpretação empregada pela CIJ ao longo de sua jurisprudência, será resguardada para o fim do capítulo. Por agora, destacam-se as conclusões jurídicas atingidas acima em relação às cláusulas compromissórias. Imediatamente, esta

⁹³ Veja o declarado pela Alemanha: “*It is already the ordinary meaning of Article IX which makes it clear that the Court has jurisdiction over the question whether genocidal acts have been or are being committed or not. In particular, the inclusion of the word "fulfilment" in Article IX in addition to the more common formulation of "interpretation and application" in compromissory clauses supports the view that the Court has jurisdiction ratione materiae to declare the absence of genocide when genocide is being alleged to take place. Where one State party to the Genocide Convention accuses another of committing genocidal acts, the 'fulfilment' of the Convention is clearly at stake.*” (CIJ, 2022g, para. 38).

⁹⁴ Veja, por exemplo, aquilo que o Reino Unido afirmou: “*Properly construed, Article IX of the Genocide Convention confers jurisdiction over a dispute as to whether a Contracting Party's conduct can properly be said to be in "fulfilment" of the Genocide Convention. Article I of the Genocide Convention sets out an obligation on Contracting Parties to "prevent and punish" genocide. The scope of conduct that Article I allows or requires is a matter concerning "the interpretation, application or fulfilment" of this provision and is therefore within the scope of the jurisdiction conferred by Article IX of the Convention. Thus, the Court has jurisdiction to determine whether a Contracting Party's conduct is allowed or required by Article I of the Genocide Convention. It can exercise such jurisdiction without determining whether or not the conduct in question breaches rules of international law extrinsic to the Genocide Convention entailing the responsibility of the relevant State, and whether or not the Court has jurisdiction over those matters.*” (CIJ, 2022h, para. 41-42).

pesquisa se torna então para a terceira fonte de jurisdição específica *ratione materiae* perante a CIJ: o regime das cláusulas opcionais sob o artigo 36.2

3.3 - A cláusula opcional do artigo 36.2 do Estatuto: O complexo regime das declarações aceitando a jurisdição compulsória da Corte

O artigo 36.2 do Estatuto da CIJ dita que os seus Estados-Parte podem a qualquer momento declarar que eles reconhecem como compulsória *ipso facto* e sem a necessidade de compromisso, em relação a todos aqueles que aceitam a mesma obrigação, a jurisdição – específica - da Corte (CIJ, 1945, art. 36.2). A ideia de criar este sistema de jurisdição compulsória mediante a declaração unilateral de um Estado indicando sua intenção de reconhecer tal regime foi do delegado brasileiro Raul Fernandes. O acolhimento deste sistema *sui generis* visava justamente aquilo que ele significa: um equilíbrio – equilíbrio entre o facultativo e o compulsório; ou, como coloca Brant (2005, p. 251), entre o interesse dos Estados pequenos – que preferiam a compulsoriedade – e daqueles que sustentavam a necessidade do consentimento como fundamento único do estabelecimento da competência jurisdicional da CIJ.

Em sua investigação sobre o tema, Distefano e Hêche (2018, para. 1) pontuam que as declarações sob a cláusula opcional são definidas como o texto através do qual um Estado se torna parte do sistema instituído pelo artigo 36.2 do Estatuto. A partir disso, duas dúvidas que podem inquietar o observador destas declarações pairam sobre(a) qual seria a sua natureza legal e (b) quais seriam seus métodos de interpretação.

Distefano e Hêche (2018, para. 2) propõem que as declarações são uma forma específica de ato unilateral, mas que ao mesmo tempo possuem efeitos similares a um tratado. Considera-se que esta forma específica que define as declarações unilaterais sob o regime do artigo 36.2 é a de notificações não-autônomas e constituintes, isto é, elas são notificações não-autônomas pois dependem/pertencem à estrutura legal provida pelo Estatuto da CIJ que as regula e são constituintes, pois a sua criação é a única forma de se tornar parte do sistema do 36.2 (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 11).

Tomuschat (2019, p. 761) entende que tais declarações sob a cláusula opcional são essencialmente atos unilaterais, emitidos sob a autoridade da soberania estatal⁹⁵. Para o autor,

⁹⁵ Este posicionamento parece ser majoritário e é compartilhado inclusive por autores mais antigos como Maus (1959, p. 53), que em 1959 concluiu que declarações sob a cláusula opcional são consideradas atos unilaterais.

o regime que é criado sob o artigo 36.2, no qual declarações unilaterais não-coordenadas são feitas, faz com que emergja um sistema que lembra até certo ponto um tratado multilateral, mas que não provê tamanhas expectativas em relação à sua estabilidade já que não é colocado sobre a ‘proteção’ do princípio *pacta sunt servanda*⁹⁶ (TOMUSCHAT, 2019, p. 761).

Quanto à interpretação das declarações enquanto atos unilaterais, Distefano e Hêche (2018, para. 6) afirmam que, embora sejam considerados diferentes de um tratado, estes atos, são amplamente governados pelas normas costumeiras refletidas CVDT de 1969.⁹⁷ Esta é uma questão que toca em um ponto sensível às fontes do direito internacional e, logo, já causou extensas discussões, tendo o tópico chegado até à Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU.

Em seus *Guiding Principles* aplicáveis às declarações unilaterais de Estados capazes de criarem obrigações legais, a Comissão concluiu que:

Uma declaração unilateral acarreta obrigações para o Estado que a fórmula apenas se for expressa em termos claros e específicos. Em caso de dúvida quanto ao alcance das obrigações decorrentes de tal declaração, tais obrigações devem ser interpretadas de forma restritiva. Ao interpretar o conteúdo de tais obrigações, deve-se levar em consideração, em primeiro lugar, o texto da declaração, juntamente com o contexto e as circunstâncias em que foi formulada (CDI, 2006, p. 377 – tradução do autor).⁹⁸

A partir deste princípio orientador, a Comissão observou em relação à interpretação de declarações unilaterais sob o regime do artigo 36 que este regime não é idêntico àquele estabelecido para a interpretação de tratados sob a CVDT (CDI, 2006, p. 378). Conforme destacado pela CDI, a CIJ entende que as disposições desta convenção de 1969 só se aplicam analogicamente àquilo que é compatível com o caráter *sui generis* das declarações sob o artigo 36.2 (CIJ, 1998, para. 46 *apud* CDI, 2006, p. 378).

Partindo disso, então, a Comissão conclui que, aplicando a CVDT em analogia àquilo que lhe é possível, prioridade interpretativa deve ser dada ao texto da declaração, que melhor reflete as intenções de seu autor. Nesse sentido, à luz da decisão da Corte no caso *Frontier Dispute*, a Comissão afirma que ao analisar as intenções do autor, atenção deve ser dada às circunstâncias nas quais o ato ocorreu (CDI, 2006, p. 378).

⁹⁶ O princípio do *pacta sunt servanda* foi positivado pela VCLT em seu art. 26: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé (ONU, 1969).

⁹⁷ Esta posição é compartilhada também, por exemplo, por Torber (2015, p. 160), quem afirma que embora sejam conceptualmente diferentes de um tratado, declarações sob o regime da cláusula opcional são majoritariamente governadas por regras do direito dos tratados .

⁹⁸ Conforme a própria Comissão aponta nos comentários aos *Guiding Principles*, esta conclusão encontra suporte nos casos *Nuclear Tests* e *Armed Activities on the Territory of the Congo*. No caso *Nuclear Tests*, por exemplo, a Corte afirmou que “quando os Estados fazem declarações pelas quais sua liberdade de ação deve ser limitada, uma interpretação restritiva é necessária” (CDI, 2006, p. 377 – tradução do autor)

Refletindo sobre a mesma questão, Tomuschat (2019, p. 761) pontua que, em que pese a Corte não tenha desenvolvido nenhuma doutrina específica de interpretação restritiva de declarações sob o 36.2, ela parte da presunção de que a intenção do Estado deve ser devidamente levada em consideração. O autor relembra as instâncias nas quais a CIJ afirmou que para se tornar determinativa, a suposta intenção deve estar refletida no texto da própria declaração, além de que as palavras relevantes devem ser interpretadas de uma maneira natural e razoável (TOMUSCHAT, 2019, p. 761-762). Diante destas premissas, Tomuschat (2019, p. 762) conclui que se existe qualquer divergência entre a interpretação das declarações e o regime geral de interpretação dos tratados no direito internacional, essa pode apenar ser uma leve divergência.

Percebe-se, a partir das fontes discutidas acima, que, então, as declarações aceitando a cláusula opcional sob o artigo 36.2 do Estatuto da CIJ possuem a natureza de um ato unilateral. Estes atos unilaterais, não-autônomos, constituintes e não-coordenados, criam um sistema que simula o regime de um tratado multilateral, mas que não se confunde com este, possuindo diferenças inerentes a si. Essas diferenças, embora não sejam discutidas extensivamente, se mostram suficientes para que tanto os autores, quanto a CDI, declarem que o regime de interpretação de tratados, refletido pelos termos da CVDT, não se aplica inteiramente às declarações. Todavia, existe uma concordância de que, na medida em que a natureza *sui generis* destas declarações possa ser acomodada pelas premissas do regime de interpretação dos tratados, este pode se aplicar analogicamente a elas.

Por sua vez, a CIJ emitiu suas principais conclusões relativas à natureza e ao método de interpretação das declarações nos casos *Nuclear Tests* de 1974, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* de 1984 e *Fisheries Jurisdiction* de 1998. Em 1984, a Corte afirmou que declarações aceitando o sistema da cláusula opcional são compromissos facultativos e unilaterais, os quais os Estados são absolutamente livres para fazer ou não (CIJ, 1984, p. 418). Isto pode ser lido à luz do que a CIJ concluiu em 1974, quando dispôs que é muito bem reconhecido no direito internacional que declarações feitas através de atos unilaterais que lidam com situações factuais ou legais, podem ter o efeito de criarem obrigações legais (CIJ, 1974, para. 46).⁹⁹ Estas declarações, a Corte explicou, podem ser, e normalmente

⁹⁹ O caso *Nuclear Tests* (CIJ, 1974) é a principal referência na jurisprudência da Corte no que tange discussões relativas a atos unilaterais. Neste caso, entre Austrália e França, a Corte deixou de decidir sobre a (i)legalidade dos testes de armas nucleares atmosféricos no Sul do Oceano Pacífico, à luz do pedido australiano, por entender que o objeto da demanda havia deixado de existir. No caso em questão, a Corte havia sido acionada pela Austrália para que declarasse que a conduta francesa era inconsistente perante as regras aplicáveis do direito internacional e ordenasse que a França não conduzisse mais os referidos testes. Segundo a Austrália, com base no Comitê Científico das Nações Unidas sobre os Efeitos da Radiação Atômica, a realização dos testes nucleares implicava

são, bem específicas, de forma que, quando é a intenção do Estado se vincular àqueles termos declarados, a declaração se torna um compromisso legal que passa a requerer legalmente daquele Estado um curso de conduta consistente com ela (CIJ, 1974, para. 46).

Após confirmar a natureza destas declarações em 1974 e 1984, a Corte em 1998 emitiu um julgamento que deu alguns passos mais à frente no que tange a elucidação do regime da cláusula opcional. Em *Fisheries Jurisdiction*, a CIJ concluiu que uma declaração sob o artigo 36.2 do Estatuto estabelece um laço consensual e o potencial para uma conexão jurisdicional com outros Estados que também fizeram tais declarações (CIJ, 1998a, para. 46). Nas suas palavras, tal declaração faria “uma oferta permanente aos outros Estados-Parte do Estatuto que ainda não tenham depositado uma declaração (CIJ, 1998b, para. 25)”.

Além disso, em relação à interpretação destas, afirmou que o regime relativo à sua interpretação não é idêntico ao estabelecido para a interpretação dos tratados pela CVDT (CIJ, 1998a, para. 46). Nesta decisão está localizado seu posicionamento de que as disposições da Convenção só podem ser aplicadas analogamente na medida em que compatível com o caráter *sui generis* da aceitação unilateral da jurisdição da Corte (CIJ, 1998a, para. 46), utilizado pela CDI como discutido acima.

Em um nível mais profundo, no caso *Fisheries Jurisdiction*, a CIJ precisou chegar a importantes considerações em relação a outros aspectos das declarações aceitando a cláusula opcional. Estes, que serão abordados a partir de agora, são os pontos em que as principais controvérsias que rodeiam esta fonte jurisdicional da Corte estão presentes e tangenciam, de fato, o funcionamento deste sistema *sui generis*.

O artigo 36.3 acrescenta uma dimensão adicional ao sistema da cláusula opcional ao ditar que as declarações podem ser feitas incondicionalmente ou sob a condição de reciprocidade de outros Estados, ou sob determinado período de tempo (CIJ, 1945, art. 36.3). Em suma, o parágrafo permite que os Estados anexem reservas à sua declaração ou que

na dissipação de matéria radioativa que estava sendo depositada em território australiano. Durante os procedimentos, a Corte levou em consideração diversos comunicados e pronunciamentos públicos emitidos tanto pela Austrália, quanto pela França, e, a partir desses, entendeu que estaria claro que, caso o governo francês tivesse assumido um compromisso firme, explícito e vinculante de que se absteria de futuros testes atômicos, o Estado aplicante consideraria seu objetivo como atingido. Nesse sentido, a Corte afirmou que, embora na petição introduzida pela Austrália, o Estado houvesse pedido para que a corte “adjudicasse e declarasse [...]”, era a função da CIJ entender o verdadeiro objeto e propósito dos pedidos e, ao fazer isso, não poderia se prender ao “sentido ordinário das palavras utilizadas”. Em decorrência, a Corte entendeu que o objetivo primordial do aplicante era obter o término dos testes nucleares, e não um julgamento declaratório sob uma questão jurídica. A partir de declarações emitidas pelo Estado francês, nas quais a França fazia públicas suas intenções de encerrar os testes nucleares após a série de testes que seria realizada em 1974, a Corte compreendeu que a França havia se vinculado, através de seus atos unilaterais, a não realizar novos testes. Portanto, segundo a CIJ, nenhum pronunciamento adicional por sua parte era necessário, pois o objeto da ação havia desaparecido. Assim, por nove votos a seis, a Corte entendeu que o pedido australiano não possuía mais um objeto e descontinuou os procedimentos.

estabeleçam outras determinações relativas à duração da declaração. Estas questões serão vistas a seguir. Contudo, inicialmente, cumpre discutir a menção feita pelo parágrafo à reciprocidade. Conforme Tomuschat (2019, p. 768) pontua, a menção à reciprocidade neste parágrafo não apresenta impacto significativo, pois, independente de as declarações fazerem ou não menção à reciprocidade, o sistema da cláusula opcional, como um todo, é fundado nesta noção.

É uma premissa importante o fato de a condição de reciprocidade só se aplicar ao escopo e substância dos compromissos afirmados pelos Estados sob suas declarações aceitando a jurisdição compulsória, não se aplicando às condições formais das declarações relativas à sua duração ou extinção (TOMUSCHAT, 2019, p. 768). Isso significa, em outras palavras, que a reciprocidade atua ao permitir que *apenas* Estados que tenham feito declarações levem outros Estados que *também fizeram* declarações à Corte, e que isso ocorra somente até o ponto em que as reservas presentes nas declarações dos Estados o permitam/convirjam. Ou seja, sob a condição de reciprocidade, a jurisdição da Corte só existe até o ponto em que as declarações de ambas as partes coincidem (TOMUSCHAT, 2019, p. 735).

Os Estados podem fazer reservas à seu aceite à jurisdição compulsória da Corte, logo, se um Estado A aceita a jurisdição compulsória sob o regime da cláusula opcional, mas exclui deste aceite os tópicos X, Y e Z; e um Estado B aceita a jurisdição compulsória, mas exclui os tópicos U, V e W; então, a reciprocidade não permitirá que um caso entre os dois, desde o sistema da cláusula opcional, discuta nenhum dos temas U, V, W, X, Y e Z, independentemente de quem inicia o caso perante a CIJ. Em outras linhas, a reciprocidade permite que um Estado se utilize das reservas feitas por seu oponente perante a Corte (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 39; TOMUSCHAT, 2019, p. 735) – questões essas que serão aprofundadas *infra*, no tópico das reservas.

Já questões formais, como pontuado acima, não são alcançadas pelos efeitos da reciprocidade. Portanto, as especificações feitas por um Estado relativas à duração ou ao término/retirada de sua declaração, não podem ser utilizadas por seus pares. Esta questão causou certa controvérsia no caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* como será visto mais à frente. Entretanto, primeiro, cumpre elucidar como funcionam estes elementos formais que não são alcançados pela reciprocidade.

Declarações podem ser retiradas, modificadas, renovadas e ter sua duração estipulada. No que tange sua renovação e sua duração, de acordo com o artigo 36.3, declarações podem ser feitas por um tempo determinado, as quais caducam depois do tempo estabelecido ou

mesmo preveem uma renovação de tempo em tempo.¹⁰⁰ No entanto, grande parte dos Estados optam por uma declaração de duração indeterminada.¹⁰¹ Já em relação à sua retirada ou modificação, ambas questões são vistas como possuindo uma mesma natureza (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 57).

Tomuschat (2019, pp. 761-762) argumenta que, de fato, a questão mais delicada dentro deste regime se encontra nas condições que governam a retirada, por parte de um Estado de sua declaração aceitando a jurisdição compulsória da Corte. O autor dita que, *prima facie*, seria fácil seguir a doutrina do *actus contrarius* e, assim, entender que Estados estão tão livres para retirar sua declaração, quanto estão para introduzi-la. Entretanto, essa linha de raciocínio negligenciaria o processo de construção de confiança que é necessário para estabelecer o sistema do artigo 36.2. Ora, ao aceitar a jurisdição compulsória da CIJ, Estados criam expectativas legítimas em seus pares e, portanto, não poderiam sair tão facilmente quanto entraram (TOMUSCHAT, 2019, p. 762). Esta questão é importante pois a retirada de uma declaração pode tornar completamente impossível que aquele Estado seja levado até a Corte, a depender das outras fontes jurisdicionais.

O autor diz que o texto da declaração será determinativo para tal análise, afinal, se o Estado afirmar que reserva o direito de retirar sua declaração a qualquer momento, então nenhuma expectativa será criada (2019 p. 762).¹⁰² Refletindo em cima desta possibilidade, Tomuschat (2019, p. 762– tradução do autor) diz:

[...]cláusulas desse tipo são lamentáveis na medida em que permitem aos Estados rescindirem sua aceitação da jurisdição da Corte assim que percebem que um pedido indesejável pode estar por vir. No entanto, este parece ser o preço a pagar para induzir a adesão dos Estados à cláusula facultativa, correspondendo à lógica de um sistema jurisdicional ainda largamente assente na soberania irrestrita.

Quando os Estados selecionam um tempo específico para retirar sua declaração, esta pode apresentar um efeito imediato, ou seja, assim que o pedido de retirada é recebido pelo Secretário-Geral da ONU, ou então com um aviso prévio de 6 ou 12 meses, significando que declaração deixará de ter força após transcorrido o período estipulado contando desde a data em que o pedido de retirada foi feito (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 61). Já aquelas declarações ‘silenciosas’, que não fazem estipulação alguma quanto a sua retirada, também

¹⁰⁰ À título de exemplo, as declarações da Turquia de 1947 e da Tailândia de 1950 previam uma duração de 5 e 10 anos respectivamente.

¹⁰¹ À título de exemplo, a declaração da Costa do Marfim traz que “[t]he present declaration has been made for an unlimited period” demonstrando seu caráter ilimitado.

¹⁰² Veja por exemplo a declaração da Eslováquia: *The Slovak Republic reserves the right at any time, by means of a notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, and with effect as from the date of receipt of such notification, to amend or withdraw this declaration.*

poderão ser retiradas, mas deverão respeitar o teste do período razoável implementado pela CIJ no caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.

Neste caso, a Nicarágua acionou a Corte com base na declaração dos Estados Unidos aceitando a jurisdição compulsória da Corte sob a cláusula opcional em 8 de Abril de 1984. Em 6 de Abril, os Estados Unidos, através de uma carta que ficou conhecida como Carta Shultz, tentou alterar sua declaração para excluir casos envolvendo disputas com outros Estados da América Central ou que se relacionasse com eventos na América Central. A questão central em torno deste tema foi se a Carta Shultz produziria efeitos imediatos, mesmo a declaração estadunidense prevendo que variações precisariam de um aviso prévio de 6 meses.

Os Estados Unidos argumentaram que por conta da reciprocidade eles poderiam se utilizar do direito da Nicarágua de modificar unilateral e imediatamente sua declaração, já que a declaração nicaraguense não previa um período de aviso prévio. No entanto, a CIJ concluiu que a natureza unilateral das declarações não permite que os Estados alterem o seu escopo e o conteúdo assim que bem entenderem. Além disso, a Corte rejeitou o argumento estadunidense baseado em reciprocidade dizendo que, primeiro, a reciprocidade só alcançaria os termos da declaração em si, e não as bases de sua operação legal continua¹⁰³, como por exemplo a existência ou não de aviso prévio; e, segundo, que mesmo que este fosse o caso, como a declaração da Nicarágua era silenciosa em relação ao aviso prévio, ela só poderia ser retirada/modificada após um ‘período razoável’, e os 3 dias que haviam passado entre a Carta Shultz e o início do caso não era um período razoável.¹⁰⁴

Alguns anos depois, no caso *Land and Maritime Dispute* de 1998, a Corte lidou com a dúvida relativa à necessidade ou não de que um período razoável passasse até que uma declaração recém-depositada vigorasse. Respondendo esta pergunta na negativa, ela explicou que:

O efeito da retirada é, portanto, pura e simplesmente privar outros Estados que já aceitaram a jurisdição da Corte do direito que tinham de intentar uma ação perante ela contra o Estado que se retira. Em contrapartida, o depósito de uma declaração não priva esses Estados de qualquer direito adquirido. Assim, nenhum prazo é necessário para o estabelecimento de um vínculo consensual após tal depósito [...] A Corte não pode introduzir na Cláusula Facultativa um requisito de tempo adicional que não existe (CIJ, 1998b, para. 295-296)

¹⁰³ Para fazer este raciocínio, a Corte fez uma analogia com o direito dos tratados, concluindo que a noção de reciprocidade diz respeito ao alcance e à substância dos compromissos assumidos, incluindo as reservas, e não às condições formais da sua criação, duração ou extinção (CIJ, 1984, para. 62)

¹⁰⁴ Em seus comentários aos *Guiding Principles* aplicáveis a declarações unilaterais de Estados capazes de criarem obrigações legais, a CDI utilizou este precedente da CIJ para concluir que Uma declaração unilateral que tenha criado obrigações jurídicas para o Estado declarante não pode ser revogada arbitrariamente. Ao avaliar se uma revogação seria arbitrária, deve-se levar em consideração: (a) Quaisquer termos específicos da declaração relativos à revogação. (CDI, 2006)

O requisito do período razoável causou inquietações na doutrina em dois níveis diferentes. Primeiro, questionou-se o que seria um período razoável e, segundo, se seria possível estender este requisito até mesmo para declarações que previssem uma retirada com efeito imediato. Quanto ao primeiro ponto, a doutrina passou a entender que o período razoável poderia ser considerado de 6 meses (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 72), e quanto ao segundo, destaca-se que a Corte nunca explicitamente descartou a possibilidade de retiradas com efeito imediato quando previstas pela declaração (TORBER, 2015, p. 307). Apesar disso, parte da doutrina considera que tal previsão iria contra o objeto do próprio Estatuto e, logo, seria inválida¹⁰⁵ (KOLB, 2013, pp. 524-528).

Tendo visto esta problemática relativa aos elementos formais presentes nas declarações, cumpre agora discutir o assunto final no que tange as declarações: suas reservas. Como dito anteriormente, a reciprocidade permite que um Estado invoque as reservas feitas por seu oponente perante a Corte. Devido à ampla variedade que pode ser encontrada nos diversos conteúdos das declarações existentes, é dever da Corte entender se possui jurisdição específica *ratione materiae* para analisar devida controvérsia legal quando encontra diante de si discrepâncias entre as declarações (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 40).

Não basta que os Estados litigantes tenham aceitado o sistema da cláusula opcional, mas é também necessário que ambos tenham aceitado o “mesmo conteúdo obrigacional (DISTEFANO; HÊCHE, 2018, para. 40)”, pelo menos no que tange o tema daquela controvérsia sendo levada até a Corte. Em outras palavras, é preciso que ambos Estados tenham aceitado, a partir de sua declaração, a jurisdição específica da Corte para lidar com o escopo daquela controvérsia, o que implica analisar se algum deles fez uma reserva que barre o poder jurisdicional da CIJ naquele caso específico ou não.

Embora não previsto explicitamente pelo artigo 36.3, Estados possuem a prática de introduzirem reservas bem definidas que se encaixam com seus interesses individuais assim como eles os entendem (TOMUSCHAT, 2019, p. 767). O autor pontua que, sob o princípio da livre escolha de meios de resolução pacífica de controvérsia, os Estados podem até mesmo estipular reservas que excluam a análise de matérias que sejam governadas por regras *jus*

¹⁰⁵ Neste caso, Kolb entende que seria possível separar esta previsão nula de efeito imediato do resto da declaração, fazendo com que sua nulidade não afetasse a declaração como um todo. Uma exceção à esta regra seria caso fosse provado que a condição de retirada com efeito imediato foi uma base essencial para a decisão de consentir com a jurisdição compulsória da Corte inicialmente. Neste caso, haveria uma aplicação analógica do art. 44 da VCLT e uma análise interpretativa seria feita para determinar se a inserção desta condição foi ou não essencial.

*cogens*¹⁰⁶ (TOMUSCHAT, 2019, p. 767). Dito isso, perante tribunais internacionais, é possível que uma reserva seja considerada inválida, como foi o caso de uma reserva feita por Trinidad e Tobago perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁰⁷ A pergunta que fica é, qual seria a consequência desta invalidade.

Neste sentido, o trabalho da CDI encabeçado pelo professor Allain Pellet, que atuou como *Special Rapporteur* sobre o tema ‘reservas à tratados’, mostra-se relevante sobre essa questão controversa. Em seu artigo 4.5.3, o Guia da CDI prevê que:

1. A qualidade de autor de uma reserva inválida em relação a um tratado depende da intenção manifestada pelo Estado ou organização internacional que fez a reserva de pretender vincular-se ao tratado sem o benefício da reserva ou de considerar que não está vinculado ao tratado.
2. A menos que o autor da reserva inválida tenha expressado uma intenção contrária ou tal intenção seja demonstrada de outra forma, é considerado um Estado contratante ou uma organização contratante sem o benefício da reserva.
3. Sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, o autor da reserva inválida pode manifestar a qualquer momento a sua intenção de não ficar vinculado ao tratado sem o benefício da reserva.
4. Se um órgão de monitoramento de tratado expressar a opinião de que uma reserva é inválida e o Estado ou organização internacional que fez a reserva não pretender ficar vinculado ao tratado sem o benefício da reserva, ele deve expressar sua intenção nesse sentido dentro de um período de doze meses a partir da data em que o órgão de monitoramento de tratado fez sua avaliação. (CDI, 2011b, art. 4.5.3 – tradução do autor)

Conforme os comentários por Pellet demonstram, existe um atrito entre duas principais posições: aquela que defende que o compromisso feito pelo Estado deve continuar valendo, mesmo sem que este goze dos benefícios de sua reserva considerada inválida¹⁰⁸; e aquela que

¹⁰⁶ Cumpre diferenciar esta hipótese do cenário aonde a declaração em si fere uma norma cogente. Distefano e Héche (2018, para. 10) destacam que As declarações não podem contradizer o próprio Estatuto da CIJ, nem violarem normas *jus cogens* e, além disso, o *Guiding Principle* número 8 formulado pela Comissão de Direito Internacional estipula que “É nula a declaração unilateral que esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (CDI, 2006, p. 378)”

¹⁰⁷ A reserva de Trinidad e Tobago enunciava que: *[c]on respecto al [a]rtículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares.* Em resposta, a Corte Interamericana concluiu que: *La declaración efectuada por el Estado de Trinidad y Tobago, facultaría a éste para decidir en cada caso concreto el alcance de su propia aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en detrimento del ejercicio de la función contenciosa del Tribunal. Además, concedería al Estado la potestad discrecional para decidir qué asuntos puede conocer la Corte, lo que privaría el ejercicio de la competencia contenciosa del Tribunal de toda eficacia. [...] En vista de lo anterior, la Corte considera que Trinidad y Tobago no puede prevalerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana, por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención.* (CORTE IDH, 2001, para. 83-89).

¹⁰⁸ Veja, por exemplo, o posicionamento da Suécia em relação à uma reserva feita por El Salvador à Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência: O Governo da Suécia, portanto, contesta a referida reserva feita pelo Governo da República de El Salvador à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e considera a reserva nula e sem efeito. Esta objeção não impedirá a entrada em vigor da Convenção entre El Salvador e a

diz que, já que a reserva é inválida, então, o compromisso como um todo assumido pelo Estado deixa de valer¹⁰⁹.

A primeira vertente, largamente apoiada por posicionamentos europeus, foi refletida, por exemplo, nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Belilos v. Suíça* e *Weber v. Suíça, e Louizidou v. Turquia*, em que, apesar de concluir que as reservas da Suíça e da Turquia eram inválidas, a Corte entendeu que o Estado continuaria vinculado às obrigações assumidas perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CDI, 2011b, p. 308).

Por outro, a segunda vertente reflete a conclusão atingida pela CIJ na *Opinião Consultiva sobre Reserva à Convenção sobre o Genocídio* de 1951, na qual a Corte declarou que se a reserva fosse incompatível com o objeto e o propósito da Convenção aquele Estado não poderia ser considerado como Estado-Parte da Convenção (CIJ, 1951, p. 29). Destaca-se que esta vertente parece se apoiar indiretamente no que prevê a CVDT, embora desenvolvendo esta lógica para além do postulado pela Convenção.

Em uma tentativa de chegar a um posicionamento que agradasse ambos os lados, a Comissão percebeu que existia consenso no que tange a importância da intenção do autor de determinada reserva. Portanto, a Comissão considerou que a solução seria verificar “[...] a vontade do autor da reserva: o autor pretende ficar vinculado pelo tratado mesmo que sua reserva seja inválida sem o benefício da reserva - ou sua reserva é condição *sine qua non* para seu compromisso de ficar vinculado ao tratado?” (CDI, 2011b, p. 311 – tradução do autor) Nesse sentido, a CDI escolheu incluir no citado artigo 4.5.3 uma presunção refutável.

Ou seja, consoante o seu entendimento, considera-se que o Estado continua obrigando-se diante de sua declaração mesmo sem a reserva até que se demonstre que esta era essencial para seu consentimento em relação ao compromisso como um todo. Esta intenção, de que a o conteúdo da reserva era essencial, pode ser percebida pelos termos da própria reserva ou por expressões feitas a qualquer tempo pelo Estado, o que faz com que se favoreça/proteja a vontade soberana do Estado autor da declaração.¹¹⁰

Suécia. A Convenção entra em vigor em sua totalidade entre El Salvador e a Suécia, sem que El Salvador se beneficie de sua reserva (CDI, 2011b, p. 307).

¹⁰⁹ Veja, por exemplo, o posicionamento dos Países Baixos em relação à uma reserva feita por vários países à Convenção sobre o Genocídio: O Governo do Reino dos Países Baixos declara que considera as reservas feitas pela Albânia, Argélia, Bulgária, República Socialista Soviética da Bielorrússia, Tchecoslováquia, Hungria, Índia, Marrocos, Polónia, Romênia, República Socialista Soviética da Ucrânia e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas em relação ao art. IX da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, aberta para assinatura em Paris em 9 de dezembro de 1948, como sendo incompatível com o objeto e propósito da Convenção. O Governo do Reino dos Países Baixos, portanto, não considera qualquer Estado que tenha feito ou que venha a fazer tal reserva como parte da Convenção (CDI, 2011b, p. 310).

¹¹⁰ Para mais detalhes sobre a análise da vontade soberana do Estado em relação à sua reserva, veja: (CDI, 2011b)

Tendo superado esta questão, é importante, então, que se destaque quais são as principais reservas feitas pelos Estados e quais seus efeitos jurídicos. Existem *reservas ratione temporis*, que visam excluir do aceite jurisdicional certos períodos de tempo¹¹¹, ou então reservas que buscam evitar que outros Estados que acabaram de aceitar a jurisdição compulsória tragam imediatamente um caso contra si¹¹². Há também as reservas *ratione personae*, que excluem controvérsias contra determinados Estados, como a ‘Reserva *Commonwealth*’¹¹³ feita por Estados pertencentes a esse bloco. E, claro, reservas *ratione materiae*, que excluem tópicos específicos da jurisdição específica da CIJ.

Um exemplo de reserva *ratione materiae* são as reservas relativas à atividades militares¹¹⁴, que causam certa incerteza no que tange seu verdadeiro escopo devido à indefinição do que seriam atividades militares.¹¹⁵ Estas reservas foram recentemente discutidas

¹¹¹ Por exemplo, Portugal excluiu os litígios relativos a “títulos ou direitos territoriais ou a direitos ou jurisdição soberana, ocorridos antes de 26 de abril de 1974 ou relativos a situações ou factos anteriores a essa data” (Declaração de 25 de fevereiro de 2005).

¹¹² Estas reservas são conhecidas como reservas ‘anti-armadilha’ e são utilizadas em reação ao caso *Right of Passage over Indian Territory*, no qual Portugal levou a Índia até a Corte tendo aceitado a jurisdição compulsória da Corte apenas 3 dias antes de introduzi sua petição inicial.

¹¹³ A reserva da Índia, por exemplo, exclui: ‘disputas com o governo de qualquer Estado que seja ou tenha sido membro da Comunidade das Nações’.

¹¹⁴ A declaração da Grécia, por exemplo, exclui “qualquer disputa relativa a atividades militares e medidas tomadas pela República Helênica para a proteção de sua soberania e integridade territorial, para fins de defesa nacional, bem como para a proteção de sua segurança nacional”.

¹¹⁵ Em 2016, pela primeira vez, uma Corte foi chamada para lidar com o problema das reservas em relação a atividades militares, na arbitragem do Mar do Sul da China, para examinar se a reserva chinesa sobre suas atividades militares, precluiria a Corte de exercer sua jurisdição em razão da matéria. Neste caso, as Filipinas argumentaram que a atividade Chinesa de construção de ilhas não caía dentro de sua exclusão jurisdicional relativa a “atividades militares”, sob o art. 298(1)(b) (CPA, 2016, para. 893), pois a natureza e o propósito dessas não era militar (CPA, 2016, para. 1013). A Corte, aceitando os argumentos avançados pelas Filipinas, entendeu que a natureza, a intenção e o propósito das atividades da China não eram, realmente, militares e, assim, desestimou a aplicação da reserva para esta submissão. Mais tarde, quando analisando uma outra submissão, a Corte encontrou que o novo tópico cairia dentro da reserva chinesa porque a situação “envolvia as forças militares de um lado e uma combinação de forças militares e paramilitares do outro, arranjadas em oposição, uma à outra.” (CPA, 2016, para. 1161 – tradução do autor) e, na opinião da corte, isso constituiria uma situação militar quintessencial. Apesar disso, embora a Corte tenha estabelecido o que seria o exemplo perfeito de uma, ela não considerou necessário “explorar as fronteiras do que constitui e do que não constitui atividades militares para os propósitos do art. 298(1)(b).” (CPA, 2016, para. 1161 – tradução do autor). Interessantemente, um autor critica a lógica aplicada pela CPA afirmando que “as interpretações conflituosas e a aplicação ambígua do Art. 298(1)(b) pelo Tribunal são óbvias” (ZOU, 2017, p. 340 – tradução do autor). Mais recentemente, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar teve a oportunidade de lidar com o assunto, sob o pedido pela prescrição de medidas provisórias no *Case Concerning the detention of three Ukrainian Naval Vessels*, entre Ucrânia e Rússia. Na ordem emitida pelo Tribunal, assim como na Arbitragem do Mar do Sul da China, teve de ser analisado se a reserva da Rússia em relação a suas atividades militares seria acionada. A Rússia, referenciando o entendimento da CPA, argumentou que a situação, assim como a do Mar do Sul da China, constituía uma situação militar quintessencial, pois envolvia suas forças militares contra as Ucrânicas (ITLOS, 2019a, para. 52). O Tribunal, no entanto, decidiu dar um passo além do assumido pela CPA, e afirmou que a avaliação não poderia se restringir a um parecer em relação à natureza dos veículos envolvidos (ITLOS, 2019a, para. 64), mas sim, era preciso que se considerasse a natureza da atividade em questão, levando em conta as circunstâncias relevantes da cada caso (ITLOS, 2019a, para. 66). Consequentemente, o Tribunal sustentou que no centro da disputa *Rússia v. Ucrânia* se localizava uma operação de aplicação da lei, decorrente da diferente interpretação que as partes tinham em relação ao regime de

pela Corte Permanente de Arbitragem (CPA), no caso referente ao Mar do Sul da China, e pelo ITLOS, no caso *Concerning the detention of the three Ukrainian Naval Vessels*, tendo um dos juízes ponderando que as interpretações contraditórias relativas a esta reserva e os padrões duplos empregados em sua aplicação, certamente criam confusões legais entre as partes e entre os Estados (ITLOS, 2019b, para. 44). Ademais, temas específicos do Direito também são excluídos por meio de reservas, como o direito ambiental¹¹⁶, o uso da força¹¹⁷ e armas nucleares¹¹⁸.

Finalmente, existem duas reservas especiais que merecem destaque aqui devido às consequências legais atreladas a si, e ao debate que se formou ao seu redor. Primeiramente, a Reserva Vanderberg, introduzida pelos Estados Unidos, exclui da jurisdição da Corte todos os casos envolvendo tratados multilaterais, a não ser que todas as partes do tratado afetado¹¹⁹ pela decisão também sejam partes do caso perante a Corte. Esta reserva foi discutida pela CIJ no caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, no qual a Corte concluiu que o efeito da reserva:

[...] [limitar-se-ia] a barrar a aplicabilidade da Carta das Nações Unidas e da Carta da Organização dos Estados Americanos como direito de tratado multilateral, e não teria mais impacto sobre as fontes do direito internacional que o Artigo 38 do Estatuto exige que a Corte aplique. (CIJ, 1986, para. 56 – tradução do autor)

E que:

[Logo, a Corte,] não pode[ria] rejeitar as reivindicações da Nicarágua sob os princípios do direito internacional consuetudinário e geral, simplesmente porque tais princípios foram consagrados nos textos das convenções invocadas pela Nicarágua. O fato de os princípios acima mencionados, reconhecidos como tais, terem sido codificados ou incorporados em convenções multilaterais não significa que eles deixem de existir e de se aplicar como princípios de direito consuetudinário, mesmo no que diz respeito aos países que são partes de tais convenções. (CIJ, 1984, para. 73 – tradução do autor)

passagem pelo Estreito de Kerch, não uma atividade militar (ITLOS, 2019a, para. 66). Para mais, veja (CARRIJO, 2021)

¹¹⁶ Estas preveem a exclusão de “qualquer disputa relativa à proteção do meio-ambiente”, como por exemplo, feito pela Eslováquia.

¹¹⁷ A declaração da Romênia, por exemplo prevê a exclusão de “qualquer disputa relacionada ou relacionada a hostilidades, guerra, conflito armado, autodefesa individual ou coletiva ou o desempenho de quaisquer funções de acordo com qualquer decisão ou recomendação das Nações Unidas, o destacamento de forças armadas no exterior, bem como decisões relacionadas a isso.”

¹¹⁸ A declaração do Reino Unido exclui “[...] (v) qualquer reclamação ou disputa em relação à qual a reclamação ou disputa em questão não tenha sido notificada ao Reino Unido pelo Estado ou Estados envolvidos por escrito, incluindo uma intenção de apresentar a reclamação ou disputa ao Tribunal na falta de uma resolução amigável, pelo menos seis meses antes da apresentação da reclamação ou disputa ao Tribunal; (vi) qualquer reclamação ou disputa que surja ou esteja relacionada com ou relacionada com o desarmamento nuclear e/ou armas nucleares, a menos que todos os outros Estados com armas nucleares Parte no Tratado sobre a Proliferação de Armas Nucleares também tenham consentido na jurisdição do Tribunal e sejam parte no processo em questão”.

¹¹⁹ Existe dúvida na doutrina se a leitura correta seria “todas as partes do tratado afetado” ou “todas as partes do tratado afetadas”.

Ou seja, a Corte reconheceu que a Reserva Vanderberg barraria a aplicação de tratados multilaterais, como a Carta da ONU e a Carta da OEA, mas que este efeito não precluiria aplicação das normas que, mesmo quando refletidas nestes tratados, fossem também princípios, que são uma fonte diversa do direito internacional.

Em um artigo que reflete sobre esta decisão da CIJ, o antigo juiz da Corte, James Crawford (2012, pp. 475-476), pondera que a reserva, apesar de sua obscuridade, tinha a intenção de limitar a jurisdição da Corte sobre certa classe de controvérsias – e não de limitar sua capacidade de aplicar certa fonte do Direito. Para ele, considerando que parte substantiva das reclamações da Nicarágua contra os Estados Unidos era de que sua conduta violava tratados multilaterais em vigor entre eles, a controvérsia com certeza teria surgido em virtude desses tratados e, logo, para Crawford (2012, p. 476 - tradução nossa), “houve uma única disputa, independente desta possuir, ou não, vários fundamentos. E essa disputa deixou de ser descrita como decorrente de um tratado multilateral porque também foi descrita como uma disputa decorrente do direito internacional geral” Diante disso, Crawford (2012, pp. 476-477) concluiu que a CIJ falhou em distinguir um problema de jurisdição de um problema relativo ao direito aplicável, o que teria sido um erro elementar, principalmente considerando a “manifesta intenção dos Estados Unidos ao fazer a reserva”.

Por fim, a segunda reserva especial, também introduzida ao sistema pelos Estados Unidos, é a Reserva Connally, nomeada em referência ao Senador Connally¹²⁰, que é um tipo de cláusula de autojulgamento. A reserva exclui da jurisdição da Corte assuntos sob a jurisdição doméstica de determinado Estado, *assim como determinado por este Estado*. Embora não haja uma definição universalmente aceita de cláusula de “autojulgamento”, ela pode ser definida como uma disposição por meio da qual os Estados mantêm seu direito de escapar ou derrogar uma obrigação internacional (ou, neste caso, da jurisdição da Corte) com base em considerações unilaterais e com base em sua avaliação subjetiva de fazer uso e invocar a cláusula perante outros Estados (BRIESE; SCHILL, 2009, p. 68).

Um autor já cunhou essas cláusulas como o “calcanhar de Aquiles do direito internacional”, por este restar desprotegido quando as suas prescrições e a proteção dos

¹²⁰ As discussões no Senado na época não deixaram dúvidas de que os Estados Unidos reservaram assim, de fato, a palavra final de que um caso contra eles não é da jurisdição da Corte. O senador Connally, ao explicar sua proposta, declarou o seguinte: “Vários senadores argumentaram que, por 'esta emenda, os Estados Unidos se colocariam na posição de alegar de forma corrupta e indevida que uma questão é de natureza doméstica quando não o é, aproveitando-se de uma disputa internacional e dizendo que, como a questão é doméstica, não acataremos a decisão da Corte. Senhor Presidente, tenho mais fé no meu Governo do que isso. Não acredito que os Estados Unidos adotariam um subterfúgio, um pretexto ou um pretexto para bloquear o julgamento da Corte por tais motivos” (HENKEN, 1971, pp. 375-376 – tradução do autor).

interesses essenciais do Estado colidem (SCHLOEMANN; OHLHOFF, 1999)¹²¹. Em sua própria essência está a ideia de que o Estado possui arbítrio para reivindicá-lo ou não; ou seja, a avaliação sobre a qual os elementos para esse *opt-out* estão estabelecidos deve ser feita desde o ponto de vista do Estado, prioritariamente (SCHILL; BRIESE, 2009, p. 68).

Especificamente, a Reserva Connally, foi originalmente introduzida em 1946 e enxergava-se a mesma como “pretendendo conferir aos Estados Unidos o poder irreversível de decidir, em um caso no qual é uma parte interessada, se a Corte Mundial tem jurisdição legal sobre o caso” (LARSON, 1961, p. 75 – tradução do autor). Naturalmente, a questão principal era se a decisão de desencadear a reserva poderia ser revista pela CIJ. Inicialmente, os Estados Unidos entenderam que “uma determinação arbitrária, de má-fé, de tentativa de invocar uma 'Reserva Connally' em relação a um assunto claramente fora da jurisdição interna de um Estado sob o direito internacional, poderia ser rejeitada pela Corte” (HENKEN, 1971, p. 376 – tradução do autor). Contudo, posteriormente, avançou-se a posição de que a Corte estava vinculada à sua decisão “independentemente da adequação ou arbitrariedade da determinação [unilateral do Estado ao invocar a reserva]” (HENKEN, 1971, p. 376 – tradução do autor)¹²².

Perante a CIJ, no caso *Norwegian Loans*, entre França e Noruega, de 1957, a versão francesa da reserva precisou ser discutida. Por conta da reciprocidade, a Noruega invocou a Reserva Connally presente na declaração francesa, afirmando que a controvérsia caía dentro de sua jurisdição doméstica e, logo, não poderia ser analisada pela CIJ à luz dos termos da Reserva Connally. Já que não seria interessante para a França questionar a validade de sua própria reserva, então, a Corte não precisou analisar se ela seria (in)válida à luz do seu Estatuto. Em sua opinião separada, contudo, o juiz Lauterpatch argumentou de maneira incisiva pela invalidade desta reserva à luz do Estatuto da CIJ, já que contrariava o princípio *kompetenz-kompetenz* previsto no artigo 36.6.¹²³ Até hoje, a Corte não precisou apreciar a questão da validade desta reserva em um julgamento.

¹²¹ Os comentaristas também acrescentam que “a segurança nacional é o calcanhar de Aquiles do direito internacional. Onde quer que o direito internacional seja criado, a questão da segurança nacional dá origem a algum tipo de brecha, muitas vezes na forma de uma exceção explícita de segurança nacional. O direito de qualquer Estado-nação de se proteger em tempos de crise grave, empregando meios de outra forma indisponíveis, tem sido uma característica fundamental do sistema jurídico internacional. Enquanto a noção de soberania exercer poder dentro desse sistema em evolução, a segurança nacional será um elemento, como exceção, do direito internacional aplicável”. (SCHLOEMANN; OHLHOFF, 1999, p. 426 – tradução do autor).

¹²² Essa posição dos Estados Unidos não deve ser lida como implicando que, de fato, não há nível de revisão ou controle que possa ser exercido pela Corte. No final das contas, a CIJ é a guardiã de sua própria competência e, portanto, terá a palavra final sobre sua jurisdição, ou falta dela, em determinado caso.

¹²³ O juiz afirmou que “Se esse tipo de reserva for válida, então a Corte não está em condições de exercer o poder que lhe foi conferido - na verdade, o dever que lhe é imposto - pelo parágrafo 6º do art. 36 de seu Estatuto. Esse parágrafo estabelece que "no caso de uma disputa sobre a jurisdição da Corte, a questão será resolvida por uma decisão da Corte". A reserva francesa estabelece que se, com relação a essa questão específica, houver uma disputa

Nesse sentido, percebe-se que, no que tange o sistema da clausula facultativa do artigo 36.2 do Estatuto, existem diversas peculiaridades que tornam este regime complexo. Seja em seu primeiro nível, relativo ao seu funcionamento e suas regras interpretativas, seja em relação ao seu segundo nível, que trata da possibilidade de condicionar as declarações aceitando a jurisdição compulsória. De fato, percebe-se um equilíbrio de interesses como aquele almejado por Raul Fernandes. Na sequência, esta monografia se torna para a última fonte de jurisdição específica da CIJ, que talvez contraste com a clausula facultativa no que tange sua popularidade, a doutrina do *fórum prorogatum*.

3.4 - Forum prorogatum: buscando o consentimento do respondente através de suas ações

A última fonte de jurisdição específica da Corte que será abordada é caracterizada pela doutrina do *Forum Prorogatum*. Esta fonte, embora não prevista pelo Estatuto, foi positivada em 1978 no artigo 38.5 das Regras da Corte, que dispõe:

5. Quando o Estado demandante se propõe a fundamentar a jurisdição da Corte em um consentimento ainda a ser dado ou manifestado pelo Estado contra o qual o pedido é feito, o pedido será transmitido a esse Estado. No entanto, não será inscrito na Lista Geral, nem qualquer ação será tomada no processo, a menos e até que o Estado contra o qual tal pedido seja feito consinta a jurisdição do Tribunal para os fins do caso (CIJ, 1978, art. 38.5 – tradução do autor).

Destaca-se, que a utilização deste método não implica em descartar a centralidade assumida pelo consentimento no que tange a emergência da competência da Corte. Conforme a juíza Xue (2015, p. 67) explica, quando o consentimento é baseado na doutrina do *Forum Prorogatum*, ele é identificável através da conduta do Estado respondente. A diferença aqui em relação as outras fontes jurisdicionais é que o consentimento pode ser presumido¹²⁴, subsidiariamente, após a análise de todo ato conclusivo, em particular, do comportamento da parte contrária, posteriormente à demanda ser encaminhada à Corte (BRANT, 2005, p. 238). Ou seja, a doutrina do *Forum Prorogatum* surge quando uma parte introduz uma petição unilateralmente perante a Corte, convidando o outro Estado a aceitar a jurisdição em relação

entre as Partes quanto à competência da Corte, a questão será resolvida por uma decisão do Governo francês. A reserva francesa é, portanto, não apenas contrária a um dos princípios mais fundamentais da jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual cabe ao tribunal o poder inerente de interpretar o texto que estabelece sua jurisdição. Também é contrário a uma clara disposição específica do Estatuto da Corte, bem como aos art.s gerais I e 92 do Estatuto e da Carta, respectivamente, que exigem que a Corte funcione de acordo com seu Estatuto.” (CIJ, 1957b, p. 44 – tradução do autor)

¹²⁴ Rezek (2016, p. 273) aponta que o consentimento não necessariamente precisa ser expresso ou seguir uma liturgia, sendo sensato admitir o consentimento tácito.

àquela controvérsia particular sobre a qual a Corte não teria jurisdição de outra forma, e o Estado respondente a aceita¹²⁵ (SHAW, 2021, p. 942).

A prática é derivada do princípio de que uma parte não pode se beneficiar de suas próprias inconsistências (*allegans contraria non audiendus est*) (XUE, 2015, p. 67). Sendo assim, se um Estado respondente, sem levantar qualquer objeção à jurisdição da Corte, comparece perante esta e defende o mérito do caso, a CIJ pode, com base nesses atos, considerar que houve um aceite de sua jurisdição específica (XUE, 2015, p. 67). Embora possa parecer simples, a análise relativa ao consentimento requer um exame atento para decidir se, através de atos e comportamentos do respondente, o consentimento pode ser demonstrado (BRANT, 2005, p. 238). Buscando afastar um senso de objetividade, Brant (2005, p. 239-240) pontua que não existem regras definidas que possam delimitar quais atitudes de um determinado Estado poderiam ser consideradas como a manifestação de um aceite tácito da competência da Corte, sendo a apreciação, no fim, subjetiva.

Ao tentar entender quais seriam as regras que regulam a análise dos atos do Estado respondente, a doutrina tende a afirmar que o aceite da jurisdição tem de estar claramente presente, mesmo que às vezes inferido, não podendo ser apenas uma criação técnica (SHAW, 2021, p. 942), ou, ainda, que a manifestação do consentimento mediante a prática de determinados atos deve ser inequívoca (O'CONNELL, 1965, pp. 1176-1177).

Outrossim, Brant (2005, pp. 242-243) destaca que ele não se convence de que apenas uma manifestação indiscutível por parte do Estado em relação a seu consentimento serviria como base para o *Forum Prorrogatum*, destacando que existe uma inerente análise subjetiva por parte da CIJ, a qual acabaria utilizando elasticamente do princípio *kompetenz-kompetenz*, para chegar a conclusão relativa ao consentimento do Estado respondente¹²⁶. Para fazer este argumento, é especialmente relevante para o autor o fato de a Corte concluir que tem competência através do *Forum Prorrogatum* mesmo quando o Estado respondente esteja naquele momento levantando uma objeção preliminar à sua jurisdição (BRANT, 2005, pp. 242-243).

¹²⁵ Oferecendo uma definição similar, o comentário ao Estatuto da CIJ diz que a doutrina do fórum prorogatum engloba aquelas situações em que uma das partes apresenta um pedido ao Tribunal antes de ter estabelecido as bases de jurisdição necessárias *ratione personae* e onde o requerido, após a audiência do Tribunal, declara o seu consentimento ao processo (TOMUSCHAT, 2019)

¹²⁶ Conforme Brant (2005, p. 240) pontua, é claro que uma defesa em relação aos méritos do caso, sem arguição da incompetência da Corte, corresponde a um reconhecimento de sua competência, entretanto o problema está em determinar o que caracteriza uma argumentação sobre os méritos, e na maneira pela qual uma objeção pode se manifestar.

O caso mais emblemático na jurisprudência da CIJ para fins de *Forum Prorogatum* é o caso *Corfu Channel*, entre Reino Unido e Albânia, de 1949, no qual a Corte aplicou a doutrina em comento para identificar que a Albânia havia reconhecido sua jurisdição por meio de suas ações. Em 22 de maio de 1947, o Reino Unido introduziu uma petição iniciando procedimentos contra a Albânia por conta de danos sofridos por seus navios, ao passarem pelo estreito de Corfu, causados por minas lá localizadas. Em 2 de Julho de 1947, o Governo da Albânia escreveu uma carta na qual declarava que o Reino Unido não tinha o direito de trazer este caso unilateralmente até a Corte, sem a conclusão de um compromisso com a Albânia, mas que ela estava preparada, apesar desta irregularidade, para aparecer diante da Corte (CIJ, 1948).¹²⁷

Diante dos termos desta carta, a Corte entendeu que a Albânia havia aceitado sua jurisdição de uma maneira voluntária e de modo indisputável (CIJ, 1948, p. 16). Cumpre destacar, fazendo uma remissão quase poética à opinião dissidente que discutiu a diferença entre os dois tipos jurisdição, a qual foi trabalhada no início desta monografia, quando o juiz ad hoc Daxner discordou da maioria do tribunal e argumentou que o ‘aceite’ feito pela Albânia se referia à jurisdição – fundacional – da Corte, e não em relação à sua competência específica para analisar a controvérsia em jogo – jurisdição específica.

É curioso perceber que, mesmo diante de uma objeção preliminar à sua jurisdição, a Corte entendeu que a carta da Albânia bastaria para que os méritos fossem analisados. No mínimo, como Brant destacou acima, é preciso reconhecer uma certa subjetividade central a este raciocínio.

A doutrina do *fórum prorogatum* voltou a ser aplicada em 2003, desta vez de maneira mais pacífica, quando o Congo introduziu uma petição pedindo a anulação das medidas de investigação e ação penal tomadas pelas autoridades judiciais francesas na sequência de uma

¹²⁷ As partes relevantes da Carta diziam que: 3. O Governo da Albânia considera que, de acordo com os termos da recomendação do Conselho de Segurança de 9 de abril de 1947, o Governo do Reino Unido, antes de levar o caso à Corte Internacional de Justiça, deveria ter chegado a um entendimento com o Governo da Albânia sobre as condições sob as quais as duas Partes, procedendo em conformidade com a recomendação do Conselho, deveriam submeter sua disputa à Corte. O governo albanês está, portanto, justificado em sua conclusão de que o governo do Reino Unido não agiu em conformidade com a recomendação do Conselho, com o Estatuto da Corte ou com os princípios reconhecidos do direito internacional. Nestas circunstâncias, o governo albanês estaria no seu direito de sustentar que o governo do Reino Unido não tinha o direito de apresentar o caso perante a Corte por meio de aplicação unilateral, sem primeiro concluir um acordo especial com o governo albanês. 4. O Governo da Albânia, por sua vez, aceita plenamente a recomendação do Conselho de Segurança. Profundamente convencida da justiça de seu caso, decidida a não negligenciar nenhuma oportunidade de dar provas de sua devoção aos princípios da colaboração amigável entre as nações e da solução pacífica de controvérsias, está preparada, não obstante esta irregularidade na ação tomada pelo Governo do Reino Unido, a comparecer perante a Corte. No entanto, o governo albanês faz as reservas mais explícitas a respeito da maneira pela qual o governo do Reino Unido trouxe o caso perante a Corte em aplicação das recomendações do Conselho 2º, mais especialmente no que diz respeito à interpretação que esse governo procurou colocar no art. 25 da Carta com referência ao caráter vinculativo das recomendações do Conselho de Segurança. O governo albanês deseja enfatizar que sua aceitação da jurisdição da Corte para este caso não pode constituir um precedente para o futuro. (CIJ, 1948 – tradução do autor)

queixa relativa a crimes contra a humanidade e tortura alegadamente cometidos no Congo contra indivíduos de nacionalidade congoleza perante o Presidente da República do Congo, o Ministro do Interior congolês e outros indivíduos. Como base jurisdicional, o Congo apontou para o artigo 38.5 das Regras da Corte e convidou a França a consentir com a jurisdição da Corte. Em uma carta de 8 de Abril de 2003, a França consentiu com a jurisdição, possibilitando que a Corte apreciasse o caso, em que pese em 2010 o Congo tenha decidido retirar o caso da lista da Corte.

Assim, percebe-se que a doutrina do *fórum prorogatum*, pouco aplicada ao longo dos anos, possui diversas dimensões inexploradas. Estas, podem trazer consigo surpresas a depender de como a Corte decidir encarar a aplicação da doutrina no futuro.

3.5 - Conclusão parcial: jurisdição específica

Assim como feito em relação ao primeiro capítulo voltado para a jurisdição fundacional, agora, em sede de conclusão parcial relativa ao segundo capítulo da presente monografia, importa fazer uma síntese das conclusões agora atingidas e, então, refletir criticamente sobre as incongruências detectadas no tratamento dado pela Corte às questões relacionadas a sua jurisdição específica, buscando compreendê-las.

Assim sendo, partindo do entendimento de que a presente monografia está trabalhando com a jurisdição da Corte a partir da divisão entre jurisdição fundacional e jurisdição específica, como proposto por Yuval Shany, entende-se que a jurisdição específica trata do consentimento específico que os Estados dão para que determinada controvérsia jurídica concreta seja analisada pela CIJ. Este consentimento é regido pelo artigo 36 do Estatuto da CIJ e existem quatro formas pelas quais ele pode ser expresso. Estas são: o compromisso; as cláusulas compromissórias; o sistema da cláusula facultativa de jurisdição compulsória do artigo 36.2; e o *Forum Prorogatum*. Este capítulo se subdividiu, portanto, em quatro partes, cada qual responsável por tratar de uma destas fontes jurisdicionais.

Em relação ao compromisso, trabalhado no ponto 2.1, conclui-se que esta é a maneira menos controversa de acionar a Corte. Através do compromisso, o consentimento específico das partes é percebido conjuntamente no mesmo ato, evitando surpresas e possibilitando que as partes da disputa delimitem seu escopo e até mesmo as normas aplicáveis. Conclui-se que, ao lidar com sua jurisdição específica a partir de compromissos, não foram detectadas incongruências significativas por parte do manejo empregado pela CIJ.

Em relação às cláusulas compromissórias conclui-se que o principal desafio enfrentado pela Corte está na determinação do escopo destas cláusulas e na tarefa de decidir se as reivindicações do Estado aplicante caem ou não dentro deste escopo a ponto de conceder jurisdição à Corte. Conclui-se que existe um grande potencial para litígios diversos serem levados à Corte através destas cláusulas, mas que é perceptível uma instabilidade no que tangem os testes aplicados pela CIJ para determinar o escopo das cláusulas e decidir se possui ou não jurisdição específica.

Esta instabilidade notada é confusa. Em suma, ela revela as seguintes incongruências: no âmbito da CPJI, esta Corte afirmava que precisava estar definitivamente convencida de que as reivindicações caíam no escopo da cláusula compromissória para poder concluir que possuía jurisdição. No entanto, a CIJ passou a utilizar uma cláusula jurisdicional mais flexível, aceitando a sua jurisdição em casos em que existe uma conexão razoável entre as reivindicações e os termos do tratado coberto pela cláusula compromissória, como no caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. Em 1996, contudo, no caso *Oil Platforms*, a Corte voltou a aplicar um critério mais rígido, buscando uma decisão definitiva relativa a se as reivindicações se encaixavam ou não no escopo do tratado. Este teste rígido, que ficou conhecido como teste Higgins, prevaleceu até 2018 quando se notou uma série de decisões em que a Corte variou entre formalidade e flexibilidade.

Em *Guiné Equatorial v. França*, a Corte interpretou a suposta cláusula violada e negou jurisdição ao entender que conteúdo não abarcava a reivindicação do aplicante. Já no caso *Ucrânia v. Rússia*, relativo à CERD e a ICSFT, a Corte adotou uma abordagem mais flexível e, sem fazer uma análise profunda das cláusulas materiais das Convenções, concluiu que poderia prosseguir aos méritos do caso. Já no caso *Irã v. Estados Unidos*, decidido em 2021, a CIJ novamente adotou uma postura mais flexível, alegando que preferia deixar um exame mais detalhado de cada sanção discutida para os méritos. E no caso *Catar v. Emirados Árabes Unidos*, também envolvendo a CERD, a Corte voltou a aplicar um teste mais rigoroso ao interpretar a convenção mesmo em fase preliminar e concluir que as alegações não caíam dentro do escopo daquela, negando, assim, sua jurisdição.

Além disso, neste capítulo, o caso entre Ucrânia e Rússia relativo às supostas violações à Convenção do Genocídio também debatido. Conclui-se que a Corte terá uma tarefa sinuosa perante si, pois terá de determinar se as reivindicações ucranianas relativas à operação militar russa em território ucraniano caem, ou não, dentro do escopo da Convenção. Destaca-se, como visto, que em fase de medidas provisórias a Corte entendeu que possuía jurisdição *prima facie* e, ademais, desde então, diversos países do Norte Global entraram com pedidos de intervenção

no caso, buscando avançar uma interpretação da cláusula compromissória da Convenção que favoreça a posição ucraniana e, conseqüentemente, que faça a CIJ afirmar sua jurisdição específica.

Assim como feito na conclusão parcial do capítulo 1, aqui também tenta-se compreender as razões pelas quais estes testes jurisdicionais variaram a partir de uma perspectiva TWAILer. Neste sentido, repisa-se que duas hipóteses foram sugeridas, a partir de uma lógica TWAILer, para compreender as incongruências no tratamento empregado pela CIJ à suas questões jurisdicionais: a primeira seria que a depender de quem forem os Estados que aparecem diante da Corte enquanto partes sua postura pode ser mais, ou menos, flexível no seu tratamento de questões jurisdicionais, a qual denominou-se de “em razão de quem são as partes do caso”. E a segunda, de que, a depender da matéria que será tratada nos méritos do caso, a postura da Corte pode ser mais ou menos flexível, a qual denominou-se de “em razão de qual seja a matéria do caso”. Destaca-se novamente que uma hipótese não nega a outra, podendo as duas atuarem juntas.¹²⁸

Aplicando a primeira hipótese às incongruências percebidas nos testes empregados pela Corte às cláusulas compromissórias, percebe-se que ela é insuficiente para explicar este

¹²⁸ Relembrando o que foi dito sobre as hipóteses anteriormente: Quanto a primeira hipótese – em razão de quem são as partes do caso, sugere-se que a CIJ utilizar-se-ia de uma menor flexibilidade/ um maior formalismo perante questões de sua jurisdição específica caso figurasse no polo passivo um Estado do norte global, sendo que quanto mais influência e poder o país tivesse, maior seria a possibilidade de a Corte negar sua jurisdição. A razão por trás desta hipótese está no fato de que enquanto uma instituição internacional inserida no emaranhado do direito internacional, que possui formas de poder implicadas e segue sendo utilizado para avançar políticas imperialistas, a CIJ tenderia a não aceitar sua jurisdição específica para casos em que figurasse no polo passivo um Estado poderoso, que teria capital político para ousar não cumprir o julgamento nos méritos caso fosse condenado. Afinal, se isso acontecesse, o prestígio e a legitimidade da CIJ no plano internacional seriam afetados.

Em relação à segunda hipótese - em razão de qual seja a matéria do caso, sugere-se, a partir de uma perspectiva TWAILer, que a CIJ teria uma maior flexibilidade jurisdicional para afirmar sua jurisdição em casos com temas hegemônicos do que em casos com temas dominantes e contestados. Antes de adentrar na análise, cumpre estabelecer essa diferenciação entre temas e ideias hegemônicas e temas e ideias dominantes. Para tanto, utiliza-se o proposto por Chmini (2018, p. 28-30) para quem ideias hegemônicas são aquelas que são recebidas voluntariamente com um maior consenso pelos Estados e pela sociedade civil apoiam interesses a longo prazo do capital. Elas representam ideias e crenças consensuais, como as áreas de direitos humanos e direito ambiental que dão ao sistema capitalista global uma cara humana em tempos de exploração agressiva da natureza e das classes e nações subalternas, para que esta realidade não mine a estabilidade do direito internacional (CHIMNI, 2018, p. 37). Portanto, matérias hegemônicas podem ser entendidas como matérias que enfrentam uma menor resistência e são menos controversas, devido a seu amplo aceite.

Já os temas dominantes são representados por aquelas ideias e crenças contestadas, que normalmente são disseminadas utilizando-se poder e coerção e almejam interesses de curto prazo do capital (CHIMNI, 2018). Eles podem ser encontrados naquelas ideias que são menos consensuais entre Estados e sociedade civil, normalmente sob protesto de Estados e forças subalternas, e que precisam de ferramentas mais coercitivas para afirmar certas agendas econômicas e políticas (CHIMNI, 2018, pp. 28-29). Chimini associa estas ideias àqueles temas que envolvem poder, como o poder econômico no caso do Direito Internacional dos Investimentos (2018, pp. 31-33). Logo, é razoável entender a partir destes pressupostos que áreas que se relacionem com outros poderes, como o poder militar, nas quais existe uma falta de consenso global, como o Uso da Força e a questão das Armas Nucleares, também estariam abarcadas enquanto matérias dominantes.

fenômeno. Ao analisar-se quem seriam os Estados presentes no polo passivo dos casos discutidos, não se chega a nenhuma conclusão satisfatória quanto às razões pelas quais os testes alternaram entre mais flexivos e mais rígidos. Por exemplo, dentre os casos analisados, os Estados Unidos, um país central e extremamente influente do Norte Global estiveram no polo passivo em três vezes, sendo que em todas elas a CIJ afirmou sua jurisdição e levou o caso para os méritos. Por outro lado, o mesmo país foi alvo de decisões flexivas e formalistas, o que indica que a variação não se relaciona com quem compõe o polo passivo da demanda. Apesar disso, deve-se ressaltar que no caso iniciado pela Guiné Equatorial contra a França, a Corte adotou uma abordagem mais formalista e negou sua jurisdição, podendo-se confirmar nesse caso pontualmente a hipótese apresentada ao ter no polo passivo um Estado influente e pertencente ao Norte Global como a França

Diversamente, destaca-se também que em nenhum dos casos envolvendo os Estados Unidos a votação foi apertada (14 x 2; 14 x 2; 15 x 1), o que pode ser um indício que nestes casos a conclusão legal quanto à jurisdição específica da Corte era óbvia demais e não foi influenciada por fatores extralegais. Assumindo isso, pode-se olhar para o caso analisado que teve a votação mais apertada: *Catar v. Emirados Árabes Unidos* (votação 11 x 6). Apesar de existirem indícios de que alguma razão fez com que a CIJ adotasse uma postura diferente em relação à sua abordagem no caso *Ucrânia v. Rússia* de 2019 que discutiu a mesma Convenção, é difícil afirmar que esta hipótese apresenta uma conclusão satisfatória.

Quanto à segunda hipótese, em razão de qual seja a matéria do caso, também se conclui que ela é insatisfatória para explicar as variações nos testes jurisdicionais. Não apenas testes e resultados diferentes foram utilizados/ atingidos em dois casos que tratavam da mesma matéria (CERD – discriminação racial), mas, além disso, a CIJ não parece ter apresentado um padrão em que aceitou sua jurisdição perante tópicos hegemônicos e a negou perante temas dominantes. O que se percebe, na verdade, é uma grande confusão, cuja explicação parece estar além das capacidades desta monografia.

A partir de uma perspectiva TWAILer, no entanto, é curioso analisar o caso *Ucrânia v. Rússia*, relativo à operação militar especial russa, atualmente pendente de análise quanto aos méritos perante CIJ. Em especial, é interessante analisar a coalizão legal formada pelos 33 Estados do Norte Global que estão intervindo no caso em defesa da posição ucraniana. Embora no polo passivo não se encontre um Estado terceiro-mundista, mas sim um país também do Norte que se encontra em oposição à maioria de seus pares neste caso concreto, é instigante querer saber qual peso a Corte atribuirá às interpretações avançadas por este bloco em relação à cláusula compromissória da Convenção sobre o Genocídio. Afinal, cientes das formas de

poder implicadas nas instituições internacionais, é possível refletir sobre o fato de a CIJ sentir-se eventualmente coagida politicamente a não contrariar posição avançada em conjunto pelos países mais influentes do globo.¹²⁹ A depender da resposta que a Corte dará para este impasse, novas conclusões podem surgir com relação à utilização da CIJ para avançar pautas e conceitos imperialistas, em virtude da matéria do caso.

Tendo superado o tópico das cláusulas compromissórias, enfrentamos agora a terceira fonte de jurisdição específica da Corte, o sistema da cláusula opcional de jurisdição compulsória sob o art. 36.2. Em relação ao sistema, conclui-se que embora apresente muitos detalhes e seja em si complexo de compreender, não existem grandes inconsistências no que tange a maneira como a CIJ o analisa. Em suma, as declarações aceitando a cláusula opcional possuem a natureza de um ato unilateral não-autônomo, constituinte e não-coordenado.

Estas declarações criam um sistema que simula o regime de um tratado multilateral, mas que não se confunde com este, possuindo diferenças inerentes a si. Essas diferenças fazem com que o regime de interpretação de tratados, refletido pelos termos da CVDT, não se aplique inteiramente às declarações, muito embora seja possível verificar situações em que isso indiretamente ocorre pelos termos usados. Até mesmo porque, existe uma concordância de que na medida em que a natureza *sui generis* destas declarações possa ser acomodada pelas premissas do regime de interpretação dos tratados, ele pode se aplicar analogicamente a elas.

Ademais, conclui-se que o regime opera sob o princípio da reciprocidade e que os Estados são livres para modificarem suas declarações com reservas e condições formais relativas à sua duração, extinção, retirada e renovação. Em sede de conclusão também destaca-se que os pontos com maior potencial de controvérsia sob este regime ainda não foram decididos pela CIJ, como a validade de declarações que preveem que elas podem ser retiradas ou modificadas com efeito imediato, ou mesmo a (i)legalidade da reserva Conally. Sendo assim, apesar de não existirem grandes inconsistências sobre as quais uma reflexão crítica seja necessária, é interessante vislumbrar como a Corte pode vir a decidir estas matérias potencialmente controversas desde o olhar TWAILer.

A partir das duas hipóteses levantadas através de uma perspectiva das TWAIL, entende-se que a decisão da Corte nestes casos pode vir a variar a depender do caso concreto. Ou seja, se supõe que, dependendo de quem for o Estado figurando no polo passivo da demanda ou de qual for a matéria debatida, a Corte pode tender a decidir de uma maneira que vise proteger sua

¹²⁹ É possível construir um paralelo com o que ocorre no TPI, em que países do norte global estão dando aportes financeiros “extras” para o Tribunal, a fim de instigar que ele analise os acontecimentos neste mesmo conflito entre Rússia e Ucrânia, diminuindo inclusive críticas ao Tribunal. Veja (SQUEFF; CREUZ, 2023).

legitimidade e seu prestígio, evitando analisar os méritos de um caso com um Estado respondente que seja influente e poderoso, ou que debaterá um tópico cuja matéria apresenta um entendimento dominante.

Finalmente, no que tange a doutrina do *Forum Prorogatum*, a última fonte de jurisdição específica da Corte, conclui-se que o consentimento de um Estado respondente pode ser obtido através da maneira como se comporta após a submissão de uma petição unilateral pelo aplicante. Noutros termos, por meio de seus atos, pode ser que o Estado respondente, até mesmo implicitamente, aceite a jurisdição específica da Corte, permitindo-a analisar os méritos de determinada controvérsia jurídica. Destaca-se que, neste processo de analisar os atos de um Estado respondente, existe uma inerente e inevitável análise subjetiva da CIJ. Embora a Corte não tenha apresentado inconsistências no seu manejo do *Forum Prorogatum* – talvez devido ao pequeno número de casos que debatam a doutrina – é válido que se questione tal análise subjetiva.

A partir de uma perspectiva TWAILer, que reconhece as formas de poder implicadas em conceitos jurídicos, é necessário ter cautela ao aceitar um conceito jurídico como o *Forum Prorogatum* e é preciso questionar as maneiras com as quais ele pode ser utilizado para avançar pautas imperialistas. Assumindo as premissas críticas discutidas acima, é importante identificar esta doutrina como uma ferramenta com potencial para avançar pautas hegemônicas e dominantes e observar como a CIJ pode vir a aplicá-la em um caso no qual um Estado do Sul se localize no polo passivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia é resultado de um extenso trabalho que envolveu, *inter alia*, muita pesquisa, análise, debate e escrita. Contudo, pode-se considerar que este é só o ponto de partida. Ponto de partida acadêmico, no que tange a trajetória deste que vos escreve, e ponto de partida do estudo da jurisdição da Corte Internacional de Justiça no idioma português (embora, é claro, muito já se tenha escrito sobre a Corte no nosso idioma). Existem ainda diversas facetas para serem exploradas e este trabalho definitivamente não ousa clamar que chegou perto de esgotar o tema da jurisdição da CIJ. Inclusive, sublinhe-se, é possível que sejam utilizadas outras lentes para analisar as conclusões descritivas e explicativas atingidas aqui.

A Corte Internacional de Justiça possui uma influência enorme no desenvolvimento do direito internacional em diversas áreas. Se tomarmos esta influência como base, é certo que a extensão com a qual ela é estudada no Brasil é desproporcionalmente pequena, não apenas na área do Direito em geral, mas também dentro do próprio direito internacional. Assim sendo, parece-nos que pesquisar a Corte a partir do Brasil é, por si só, um ato de resistência, dado que a maioria esmagadora dos advogados que representam os Estados perante ela são nacionais de países do Norte Global e que a maioria dos juízes, mesmo aqueles nacionais do Sul, se educaram no Norte.¹³⁰

É preciso, ainda, que tal pesquisa seja realizada sabendo-se que a Corte é o principal órgão judicial de um sistema que é desigual por natureza em virtude da lógica imperial e colonial que ainda ronda o ordenamento internacional até os dias atuais desde a sua instituição na virada da modernidade, tal como se pode notar na própria instituição em que ela está situada, como, por exemplo, no plano do Conselho de Segurança, em que cinco Estados tem oficialmente mais poder que os outros e cuja posição jurídica mais alta (aquela de *UN Legal Counsel*) só foi exercida por europeus. A partir disso, é possível vislumbrar um horizonte em que juristas críticos e informados de sua realidade natal almejem postos por meio dos quais seja possível fazer a diferença face à injustiça global institucionalizada.

Neste sentido, buscava-se por meio deste trabalho compreender como a Corte aplica e interpreta as normas relativas à sua jurisdição, visando entender se este processo gera inconsistências e o porquê destas, especialmente diante da existência de casos em que as suas

¹³⁰ Neste sentido, veja TLADI, 2022

decisões deixavam dúvidas quanto ao uso de uma estrita formalidade, pendendo para o uso de critérios extralegais para fins decisórios, aparentemente. Em vista disso, é que se levantou a hipótese de que, por razões políticas, a Corte Internacional de Justiça seria inconsistente no manejo de questões ligadas à sua jurisdição.

Sob esta hipótese, se supôs que a Corte deixava de analisar os méritos de certos casos, a depender de seu tema ou de suas partes, negando ou declinando sua jurisdição para tal. Seguindo a abordagem dialética proposta na introdução, quando foi registrado que a tese seria a ideia de que a Corte utiliza em seus julgamentos apenas de preceitos legais, de uma maneira objetiva; e que a antítese seria o entendimento de que ela exerce um julgamento subjetivo, deixando se levar também por fatores políticos, cabe agora concluir sobre qual seria a síntese.

Em conclusão geral, a síntese seria que realmente a CIJ não se mostra sempre objetiva. Ela possui aspectos subjetivos e políticos e isso resta claro a partir das conclusões parciais apresentadas nos capítulos 1 e 2. No primeiro capítulo, a conclusão foi a de que, a partir de uma perspectiva TWAILer, existem indícios para dizer que a Corte tenderia a negar ou aceitar sua jurisdição fundacional a depender do tema ou das partes diante de si. Contudo, no segundo capítulo, prevaleceram inconsistências confusas, que revelam indícios de extralegalidade, mas sobre as quais não foi possível confirmar as hipóteses levantadas a partir das lentes da TWAIL. Vistas conjuntamente, ambas conclusões parciais produzem um panorama ainda em aberto que pode servir como base para novas e mais aprofundadas pesquisas. Destaca-se que estas novas pesquisas podem abordar, inclusive, outros aspectos preliminares como aqueles abrangidos pelo campo da admissibilidade, aqui não cobertos.

Especificamente, constatou-se ao longo desta monografia que em alguns casos em especial, seja por conta do quanto a Corte esticou certos conceitos legais ou por conta do quão calorosa foram as reações dos juízes dissidentes, a CIJ foi influenciada pelo contexto político da época de suas decisões. Nos casos discutidos no capítulo 1 sobre o conflito nos balcãs é difícil não notar que em todas as decisões possíveis a Corte julgou contra os pedidos da FRI/Sérvia e Montenegro/Sérvia. As inconsistências notadas naqueles casos ultrapassam qualquer outro que foi analisado nesta monografia. Levando em consideração as atrocidades que o governo de Slobodan Milosevic cometeu no conflito e o quanto a sociedade internacional criticou as atitudes deste Estado (tendo a OTAN inclusive engajado militarmente no conflito), existem indícios para entender que tais inconsistências se relacionam com este cenário.

A partir disso, projetando para o futuro, é interessante refletir sobre como a Corte julgará o caso *Ucrânia v. Rússia* relativo à operação especial militar russa em território ucraniano, já que a reação da sociedade internacional em geral foi também de completa

reprovação perante a incursão russa. É possível que este contexto político influencie a decisão da Corte, principalmente levando em consideração que neste caso diversos países pediram para intervir e tiveram seu pedido aceito. Caso realmente todos estes países interventores avancem uma posição ‘em defesa’ à Ucrânia, será curioso notar como a Corte reagirá.

Destaca-se que em uma fala recente no Curso de Inverno do Centro de Direito Internacional (CEDIN) de 2023, a juíza chinesa Hanqin Xue destacou sua preocupação em relação à interpretação de cláusulas compromissórias para além de seu verdadeiro escopo, o que é justamente o principal problema jurisdicional neste caso *Ucrânia v. Rússia*.

Sobre este tema jurisdicional, embora não tenha sido possível comprovar as hipóteses levantadas a partir das TWAIL perante as inconsistências da Corte no seu tratamento às cláusulas compromissórias, como visto na conclusão parcial do capítulo 2, percebe-se que existe uma variação por parte da CIJ entre formalismo e flexibilidade. Ao passo que exista espaço para refletir se isso enfraquece uma abordagem a partir das TWAIL, entende-se que esta conclusão não enfraquece de modo algum um recorte crítico. Pelo contrário, isso faz com que se possa refletir que, talvez, a CIJ não seja tão imperialista quanto às conclusões do primeiro capítulo deixaram a demonstrar.

Portanto, em sede de considerações finais, conclui-se que ainda existe espaço para novas investigações que busquem entender o funcionamento da Corte em meio à dinâmica internacional, sem olvidar a importância de um resgate do saber histórico e da compreensão de como o passado imperial e colonial moldou o sistema internacional corrente, do qual, infelizmente, nem todos os Estados participam com igualdade material, seja em relação à produção normativa, seja em relação à sua contribuição para com instituições internacionais. Somado à análise da conjuntura legal vigente, tal resgate pode e deve proporcionar reflexões cada vez mais precisas, quiçá, para que se possa forjar um futuro outro, em que a pluralidade seja uma marca realmente palpável e não meramente figurativa

Que esta monografia tenha contribuído para isso.

REFERÊNCIAS

ADDRESS by the President of Russia 21/02/2022. Disponível em: <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/statements/67828>. Acesso em: 17 mar. 2022

AGNU. **Resolução 91 (I)** - Conditions on which Switzerland may become a party to the International Court of Justice. Nova York, 11 Dez. 1946

AGNU. **Resolução 47/1** – Nova York, 22 Set. 1992.

ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty, and the Making of International law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n.1, pp. 739-753, 2007.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. **Chinese Journal of International Law**, Volume 2, 2003, pp. 77–103, 1 Mar. 2003.

BLUM, Yehuda. UN Membership of the “New” Yugoslavia: Continuity or Break? **American Journal of International Law**, v. 86, 1992.

BLUM, Yehuda. Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia). **The American Journal of International Law**, v. 103, n. 2, pp. 264-271, 2009.

BRANT, Leonardo. **A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional**. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2002.

BRANT, Leonardo. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: O Lutador, 2005.

BRIESE, Robyn; SCHILL, Stephan. “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, 13(1), pp. 61-140, 01 Jan. 2009.

CARDOSO, Tatiana Freitas; ROSA, Rafaela Steffen. ECOWAS’ Operations under International Law: a Matter of Common Goals to Bring about Peace or a Shield for States’ Self-Interests?. **Journal of Global Peace and Conflict**, American Research Institute for Policy Development, Volume. 2, No. 2, pp. 19-39, Dez. 2014.

CARRIJO, Augusto. O Direito do Mar e Reservas relativas a Atividades Militares. **IBDMAR**, 2023. Disponível em: <http://www.ibdmar.org/2021/04/o-direito-do-mar-e-reservas-relativas-atividades-militares/> Acesso em: 11 Ago. 2023.

CARRIJO, Augusto; LOUREIRO, Claudia. The ICJ and Human Rights: How Much has the Court's Jurisprudence evolved?' in MENEZES, Wagner. (ed.), **Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Pluralismo**. Belo horizonte: Editora Arraes, 2021.

CASELLA, Paulo; NASCIMENTO, G. E.; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. Saraiva: São Paulo, 2019.

CDI. **Draft Articles sobre a Responsabilidade de Organizações Internacionais**. Nova York, 2011a.

CDI. **Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations**. Nova York, 2006.

CDI. **Reservations to Treaties**. Nova York, 2011b.

CHENG, Bin. **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1953.

CHIMNI, Bhupinder. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. Brill: **International Community Law Review**, pp. 3-27, 01 Jan. 2006.

CHIMNI, Bhupinder. Customary International Law: A Third World Perspective, **American Journal of International Law**, v. 112, n. 1, 2018.

CIJ – CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Aegon Sea Continental Shelf** (Greece v. Turkey). Julgamento de questões de jurisdição e admissibilidade: Haia, 19 dez. 1978.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Application instituting proceedings: Haia, 16 mar. 2022a.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Ordem de pedido de indicação de medidas provisórias: Haia, 16 mar. 2022b.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Document (with annexes) from the Russian Federation setting out its position regarding the alleged "lack of jurisdiction" of the Court in the case.: Haia, 16 mar. 2022c.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Opinião dissidente da juíza Xue. Ordem de pedido de indicação de medidas provisórias: Haia, 16 mar. 2022d.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Opinião dissidente do juiz Georgivan. Ordem de pedido de indicação de medidas provisórias: Haia, 16 mar. 2022e.

CIJ. **Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Ukraine v. Russian Federation). Pedido de intervenção da Alemanha: Haia, 16 mar. 2022g.

CIJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). Pedido de intervenção do Reino Unido: Haia, 16 mar. 2022h.

CIJ. Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 3 fev. 2021c.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 11 jul. 1996.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Julgamento de mérito: Haia, 26 fev. 2007a.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Opinião dissidente dos juízes Ranjeva, Shi e Koroma, Julgamento de mérito: Haia, 26 fev. 2007b.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 11 jul. 1996.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Ordem de pedido de indicação de medidas provisórias: Haia, 8 abr. 1993.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 18 nov. 2008a.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Declaração conjunta dos juízes Ranjeva, Shi, Koroma e Parra-Aranjuren, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 18 nov. 2008b.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Opinião dissidente do juiz Owada, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 18 nov. 2008c.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Opinião separada do vice-presidente Al-Khasawneh, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 18 nov. 2008e.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Julgamento de méritos: Haia, 2015.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 22 jul. 2022b.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Opinião dissidente da juíza Xue, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 22 jul. 2022c.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Memorial de objeções preliminares de Mianmar: Haia, 20 jan. 2021b.

CIJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Procedimentos orais: Haia, 2019b.

CIJ. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine. Russian Federation), Julgamento de objeções preliminares: Haia, 8 nov. 2019a.

CIJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 4 fev. 2021a.

CIJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Declaração do juiz Tomka, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 4 fev. 2021d.

CIJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Opinião dissidente da juíza Sebutinde, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 4 fev. 2021e.

CIJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Opinião dissidente do juiz Iwasama, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 4 fev. 2021f.

CIJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates). Opinião dissidente do Presidente Yusuf, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 4 fev. 2021g.

CIJ. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962). Julgamento de segunda fase de objeções preliminares: Haia, 5 fev. 1970.

CIJ. Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras). Julgamento de jurisdição da Corte e admissibilidade de aplicação: Haia, 20 nov. 1988.

CIJ. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua). Opinião separada do juiz Cançado Trindade. Ordem de procedimentos conjuntos: Haia, 17 abr. 2013.

CIJ. Certain Norwegian Loans (France v. Norway). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 6 jul. 1957a.

CIJ. Certain Norwegian Loans (France v. Norway). Opinião separada do juiz Lauterpacht, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 6 jul. 1957b.

- CIJ. **Certain Questions concerning Diplomatic Relations** (Honduras v. Brazil). Ordem de discontinuância: Haia, 12 maio 2010.
- CIJ. **Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters** (Djibouti v. France). Julgamento de mérito: Haia, 4 jun. 2008d.
- CIJ. **Corfu Channel** (United Kingdom of Great Britain and Northern Island v. Albania). Julgamento de objeção preliminar: Haia, 25 mar. 1948.
- CIJ. **Corfu Channel** (United Kingdom of Great Britain and Northern Island v. Albania). Opinião dissidente do juiz Daxner. Julgamento de objeção preliminar: Haia, 25 mar. 1948.
- CIJ. **East Timor** (Portugal v. Australia). Opinião dissidente do juiz Weeramantry. Julgamento de objeção preliminar: Haia, 1995.
- CIJ. **Fisheries Jurisdiction** (Spain v. Canada). Julgamento de jurisdição da Corte: Haia, 4 dez. 1998a.
- CIJ. **Immunities and Criminal Proceedings** (Equatorial Guinea v. France). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 6 jun. 2018a.
- CIJ. **Immunities and Criminal Proceedings** (Equatorial Guinea v. France). Opinião dissidente conjunta da vice-presidente Xue e dos juizes Sebutinde, Robinson e *ad hoc* Kateka, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 6 jun. 2018b.
- CIJ. **Immunities and Criminal Proceedings** (Equatorial Guinea v. France). Opinião dissidente do juiz Abraham, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 6 jun. 2018c.
- CIJ. **Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria** (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 11 jun. 1998b.
- CIJ. **Legality of Use of Force** (Serbia and Montenegro v. Belgium). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 15 dez. 2004a.
- CIJ. **Legality of Use of Force** (Serbia and Montenegro v. Belgium). Declaração conjunta do vice-presidente Ranjeva e dos juizes Guillaume, Higgins, Koojiman, Al Khasawneh, Buerghenthal e Elaraby, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 15 dez. 2004b.
- CIJ. **Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain** (Qatar v. Bahrain). Julgamento de questões de jurisdição e admissibilidade: Haia, 1 jul. 1994.
- CIJ. **Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America). Julgamento de mérito: Haia, 27 jun. 1986.
- CIJ. **Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America). Julgamento de questões de jurisdição e/ou admissibilidade: Haia, 26 nov. 1984.
- CIJ. **Northern Cameroons** (Cameroon v. The United Kingdom). Opinião separada do juiz Sir Gerald Fitzmaurice, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 2 dez. 1963.

CIJ. **Nottebohm** (Liechtenstein v. Guatemala). Opinião dissidente do juiz Guggenheim, Julgamento de segunda fase: Haia, 6 abr. 1955.

CIJ. **Nuclear Tests** (Australia v. France). Julgamento de questões de jurisdição e/ou admissibilidade: Haia, 20 dez. 1974.

CIJ. **Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament** (Marshall Islands v. United Kingdom). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 5 out. 2016a.

CIJ. **Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament** (Marshall Islands v. United Kingdom). Opinião dissidente do juiz Bennouna, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 5 out. 2016b.

CIJ. **Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament** (Marshall Islands v. United Kingdom). Opinião dissidente do juiz Crawford, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 5 out. 2016c.

CIJ. **Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament** (Marshall Islands v. United Kingdom). Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 5 out. 2016d.

CIJ. **Oil Platforms** (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Julgamento de objeções preliminares: Haia, 12 dez. 1996a.

CIJ. **Oil Platforms** (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Opinião separada da juíza Higgins, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 12 dez. 1996b.

CIJ. **Oil Platforms** (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Opinião separada da juíza Shahabudden, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 12 dez. 1996c.

CIJ. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium v. Senegal). Julgamento de mérito: Haia, 20 jul. 2012.

CIJ. **Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium v. Senegal). Opinião dissidente da juíza Hanqin Xue, Julgamento de mérito: Haia, 20 jul. 2012.

CIJ. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Opinião consultiva: Haia, 28 maio 1951.

CIJ. **South West Africa** (Ethiopia/Liberia v. South Africa). Julgamento de segunda fase: Haia, 18 jul. 1966.

CIJ. **South West Africa** (Ethiopia/Liberia v. South Africa). Opinião dissidente do Presidente Winiarski, Julgamento de objeções preliminares: Haia, 21 dez. 1962.

CIJ. **Statute of the International Court of Justice**. 1945.

CIJ. **Rules of the Court**. 1978.

CIJ. **Treaties**. CIJ, 2023a. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/treaties>

CIJ. States entitled to appear before the Court. CIJ, 2023b. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/states-entitled-to-appear>

CIJ. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran** (United States of America v. Iran). Julgamento de mérito: 24 maio 1980.

CPA – CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **In the matter of the South China Sea Arbitration** (The Republic of Philippines v. The People’s Republic of China). Sentença: Haia, 12 jul. 2016.

CPJI – CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Mavrommatis Palestine Concessions**. Julgamento de objeção à jurisdição da Corte: Haia, 30 ago. 1924.

CPJI. **Certain Germain Interests in Polish Upper Silesia**. Julgamento de objeções preliminares: Haia, 25 ago. 1925.

CRAWFORD, James. Jurisdiction and Applicable Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 25, pp. 471-479, 2012.

CSNU. **Resolução 827** - on establishment of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Nova York, 25 Mai. 1993.

CSNU. **Resolução 9** - Admission of States Not Parties to the Statute of The Court. Nova York. 15 Out. 1946

CSNU. **Resolução 757** – Nova York. 30 Mai. 1992.

CSNU. **Resolução 777** – Nova York. 19 Set. 1992.

CSNU. **Resolução 955** - Statute of the International Tribunal for Rwanda. Nova York. 8 Nov. 1994.

DIMETTO, Marco. “To Fall, or Not to Fall, That Is the (Preliminary) Question”: Disputes, Compromissory Clauses and Swinging Jurisdictional Tests at the ICJ. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 21, pp. 5-34, 2022.

DISTEFANO, Giovanni; HECHE, Aymeric. Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ). **Oxford Public International Law**, Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], Ago. 2018.

DUPUY, Hoss. Artigo 34. In: OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian; TOMUSCHAT, Christian; ZIMMERMANN, Andreas (ed). **The Statute of the International Court of Justice (3rd Edition): A Commentary**. Oxford: Oxford Public International Law, 2006

EAGLETON, Clyde. International Organization and the Law of Responsibility. in HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law 76**. Leiden: Brill, 1950.

FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Cambridge, Grotius Publications, 1986.

FONTANELLI, Filippo. Once burned, twice shy. The use of compromissory clauses before the International Court of Justice and their declining popularity in new treaties, **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 104, n. 1, 2021.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 119-124, p. 46-68, 2013.

GROVOGUI, Siba N'zatioula. **Sovereigns, Quase Sovereigns, and Africans**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1 ed., 1996

HENKEN, Louis. The Connally Reservation Revisited and, Hopefully, Contained. **The American Journal of International Law**, Volume 65, pp. 374-377, Abr, 1971.

HIGGINS, Rosalyn. The International Court of Justice and South West Africa: The implications of the Judgment. **International Affairs**, v. 42, 1966.

ITLOS – TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. **Case concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels** (Ukraine v. Russian Federation). Ordem de pedido de prescrição de medidas provisórias: Hamburg, 25 maio 2019b.

ITLOS – TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. **Case concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels** (Ukraine v. Russian Federation). Opinião separada do juiz Gao, Ordem de pedido de prescrição de medidas provisórias: Hamburg, 25 maio 2019a.

ITLOS. **Rules of the Tribunal**. Hamburg: 17 maio 2009.

KOLB, Emeritus. **International Court Of Justice**. Geneva: Bloomsbury Publishing, 18 Jul. 2014.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. "Expanding Histories of International Law". **American Journal of Legal History**, vol. 56, no. 1, pp. 104-112, 2016.

KOSKENNIEMI, Martti. "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics". **Modern Law Review**, vol. 70, no. 1, pp. 1-30, 2007.

LARSON, Arthur. The Facts, The Law, and the Connally Amendment. **Duke Law Journal**: Duke University School of Law, Volume 1961, pp. 74-119, 1961.

MUTUA, Makau. Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry. **Michigan Journal of International Law**, v. 16, n. 4, 1995.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? Proceedings of the annual meeting (American Society of International Law). **The American Society of International Law**, p. 31-40, 2000.

MUTUA, Makau; ANGHIE, Antony. What is Twail?. **Cambridge University Press**, American Society of International Law, p. 31-40, 5 abr. 2000.

NEVES, Andrey; CARRIJO, Augusto; FLÔR, Olívia. O fundamento da decisão formalista da Corte Internacional de Justiça no caso das Ilhas Marshall v. Reino Unido. In: SQUEFF, Tatiana; DAMASCENO, Gabriel. **Direito Internacional Crítico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2022.

NOVAK, Bruna. Entre Diálogos e Monólogos: Um Estudo sobre as Referências da Corte Internacional de Justiça à jurisprudência das Cortes regionais de Direitos Humanos. Curitiba, 2018. 210p. Dissertação de Mestrado (Direitos Humanos e Democracia) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

O'CONNELL, Daniel. **International Law, Volume 1**. Califórnia: Universidade da Califórnia: Stevens, 1965.

OKAFOR, Obiora. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?. **International Community Law Review**, v. 10, pp. 371-378, 2008.

OKAFOR, Obiora. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 43, n. ½, pp. 171-191, 2005.

ONU. **Carta da ONU**, 1945.

ONU. **Convenção sobre a Prevenção e a Punição do crime de Genocídio**, 1948.

ONU. **Pacto de Bogotá**, 1948.

ONU. **Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Controvérsias**, 1957

ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, 1969.

ONU. **Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados**, 1978.

ONU. **Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço**, 1991.

ONU. **Convenção contra o Crime Organizado Transnacional**, 2003

PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. **Harvard International Law Journal**, v. 46, n. 2, pp. 459-469, 2005.

POSNER, Eric; FIGUEIREDO, Miguel. Is the International Court of Justice biased? **The Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 2, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público - Curso Elementar - 16ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSENNE, Shabtai. **International Court of Justice**. Oxford Public International Law, Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], Jun. 2006.

SHANY, Yuval. **Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. In HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law 250** Leiden: Brill, 1994.

SCHLOEMANN, Hannes; OHLHOFF, Stefan. "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. **American Journal of International Law**, v. 93, n. 2, 1999.

SQUEFF, Tatiana. Overcoming the "Coloniality of Doing" in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **Revista Direito GV**, v. 17, n. 2, 2021.

SQUEFF, Tatiana; CARRIJO, Augusto. The War between Russia and Ukraine and the role of the International Court of Justice: is peace through law possible? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 135, 2023.

SQUEFF, Tatiana; CREUZ, Derek. Os mandatos de prisão contra Vladimir Putin e Maria LVOVA-Belova e os seus desdobramentos. **NETI**, 2023. Disponível em: <https://sites.usp.br/netiusp/pt/os-mandados-de-prisao-contravladimir-putin-e-maria-lvova-belova-e-os-seus-desdobramentos/> Acesso em: 11 aug. 2023.

SQUEFF, Tatiana; ROSA, Rafaela. ECOWAS' Operations Under International Law: A Matter of Common Goals to Bring About Peace or a Shield for States' Self-Interests? **Journal of Global Peace and Conflict**, v. 2, n. 2, 2014.

TAMS, Christian. **Enforcing Obligations Erga omnes in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TAMS, Christian. The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction. **Duncker & Humblot**, Berlin, Alemanha, pp. 461-492, 05 Jun. 2009.

TLADI, Dire. Representation, Inequality, Marginalization, and International LawMaking: The Case of the International Court of Justice and the Making: The Case of the International Court of Justice and the International Law Commission. **UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law**, v. 7, 2022.

TOMKA, Peter. The Special Agreement. In: ODA, Shigeru. **Liber Amicorum Judge Shigeru Oda**. Holanda: Brill Nijhoff, 2002.

TOMUSCHAT, Christian. Artigo 36. In: OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian; TOMUSCHAT, Christian; ZIMMERMANN, Andreas (ed). **The Statute of the International Court of Justice (3rd Edition): A Commentary**. Oxford: Oxford Public International Law, 2019

TORBER, Gunnar. **The Contractual Nature of the Optional Clause**. Reino Unido: Hart Publishing, 2015.

XUE, Hanqin. **Jurisdiction of the International Court of Justice**. Brill, 03 Jul. 2017.

ZAHED, Iqthyer; JENKINS, Bert. The Politics of Rohingya Ethnicity: Understanding the Debates on Rohingya in Myanmar, **Journal of Muslim Minority Affairs**, 42:1, pp. 117-135, 20 Abr. 2022.

ZIMMERMANN, Andreas. Artigo 35. In: OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian; TOMUSCHAT, Christian; ZIMMERMANN, Andreas (ed). **The Statute of the International Court of Justice (3rd Edition): A Commentary**. Oxford: Oxford Public International Law, 2019

ZOU, Keyuan; YE, Qiang. Interpretation and application of Article 298 of the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal. **Ocean Development & International Law**, v. 48 p. 331-344, 2017. p. 340.