

# O CASO DA FRAGATA ARA LIBERTAD: A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

## THE ARA LIBERTAD CASE: THE EXPANSION OF INTERNATIONAL JURISDICTION

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo\*

### RESUMO

No dia 2 de outubro de 2012, a fragata militar argentina ARA Libertad foi retida no Porto de Tema, em Gana, em virtude de uma execução judicial de dívidas contraídas pela Argentina junto ao fundo de investimento NML Capital. As autoridades judiciais de Gana aceitaram o título executivo estrangeiro que estava pendente e decidiram reter o navio para posterior execução. Após extensas tratativas diplomáticas, o Estado argentino entra com um pedido de liberação do navio junto ao Tribunal Internacional de Direito do Mar. Não foi um caso simples. Havia diversos fatores envolvidos que tornavam o caso mais complexo: uma renúncia à imunidade feita pela Argentina para garantir a cobrança da dívida e o fato de que o porto ganense se situava em águas interiores, o que poderia não conferir jurisdição ao tribunal internacional. Ainda assim, o TIDM deferiu o pedido. O presente artigo procura demonstrar que este caso é exemplificativo de mitigação do famoso “Princípio Lótus”: a jurisdição das cortes internacionais tem se ampliado para reduzir a ocorrência de controvérsias “não justiciáveis”. Cada vez mais, os Estados parecem ter menos discricionariedade para impedir a resolução de um litígio pela carência de consentimento.

A presente pesquisa é do tipo qualitativa e utiliza o método de abordagem indutivo. Trata-se de um estudo de caso. As fontes primárias são a decisão e os diversos votos separados dos juízes do TIDM, e as fontes secundárias são artigos, livros e demais referências de decisões internacionais que corroboram a hipótese de ampliação da jurisdição das cortes internacionais.

**PALAVRAS CHAVE:** Caso ARA Libertad, jurisdição internacional, Princípio Lótus.

### ABSTRACT

On October 2, 2012, the Argentinean military frigate ARA Libertad was detained at the Port of Tema, Ghana, by virtue of a judicial enforcement of debts that Argentina has contracted at the NML Capital Investment Fund. The judicial authorities of Ghana accepted the foreign decision that was pending and decided to retain the ship for later execution. After extensive diplomatic negotiations, the Argentinean Government enters with a request for the release of its ship at the International Tribunal for the Law of the Sea. It was not a simple case. There were several factors that made the case more complex: a renunciation of the immunity made by Argentina to ensure the collection of the debt and the fact that the Ghanaian port stood in inland waters, which could have not conferred jurisdiction to that international court. Still, the ITLOS granted the request. This paper attempts to demonstrate that this case illustrates how the famous “Lotus Principle” is being mitigated: the jurisdiction of international courts has been extended to reduce the occurrence of “non justitiable” controversies. Increasingly, States seem to have less discretion to prevent the resolution of a dispute by the lack of consent.

The present research is that of a qualitative type and uses the inductive method of approach. It is a case study. The primary sources are the decision and the many separate votes of the ITLOS judges and the secondary sources are articles, books and other references of international decisions that corroborate the hypothesis of the expansion of the jurisdiction of international courts.

**DESCRIPTORS:** the Ara Libertad Case, international jurisdiction, the Lotus Principle.

---

\* Doutor em Direito, Professor do IBMEC/RJ e autor dos livros *Guerra e Cooperação Internacional*, *Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz* e de *O nascimento do direito internacional*. E-mail: borgesmacedo@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

Paul Guggenheim, no seu curso na Haia em 1952, havia afirmado que a facultatividade da jurisdição internacional é regra bem estabelecida de Direito Internacional Geral.<sup>1</sup> Esta assertiva era bastante corroborada pela atmosfera voluntarista em que se vivia. Não há um Estado mundial, nem, muito menos, hierarquia na sociedade internacional; portanto, o único modo pelo qual os Estados poderiam se comprometer seria por meio da própria vontade. Assim, as nações apresentam-se absolutamente livres para se submeterem ou não à jurisdição de um tribunal internacional.

Cabe ressaltar que o jurista suíço era um intelectual bastante sofisticado e não esposava um voluntarismo tão simplista. Todavia, uma afirmação como essa, feita na metade do século XX, não constituía novidade alguma: tratava-se somente de uma noção generalizada, e a lição do Caso da Carélia Oriental, ocorrida trinta anos antes, encontrava-se bastante presente na mente dos internacionalistas. O Conselho da Sociedade das Nações submeteu uma consulta sobre a autonomia da região referida, como preconizado no Tratado de Dorpat, à jurisdição consultiva da Corte Permanente Internacional de Justiça. O problema era que isso consistia num caso real entre a Finlândia e a URSS, o qual não havia sido submetido à jurisdição contenciosa da Corte por deficiência de consentimento. Então, o Conselho da SDN pretendia valer-se da jurisdição consultiva (que ele podia mover sem a anuência dos interessados) para resolver essa controvérsia de forma oblíqua. A Corte percebeu o ato como uma manobra e foi retumbante: “é bem estabelecido em Direito Internacional que nenhum Estado será obrigado a submeter as suas controvérsias com outros Estados a qualquer procedimento de solução pacífica sem o seu consentimento”.<sup>2</sup>

A maneira clássica pela qual os Estados submetiam um caso à jurisdição de uma corte internacional era conceder previamente a sua anuência num compromisso judicial. Tal como numa arbitragem, diante de uma controvérsia concreta, os países precisavam entrar em comum acordo com uma corte antes de o processo iniciar. Assim, o órgão judicial encontrava-se limitado não só pelos fatos trazidos, mas também pelo direito alegado pelas partes (*terms of reference*), sob pena de um julgamento *extra petita*.

---

<sup>1</sup> Cf. GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 80, 1952, p. 150.

<sup>2</sup> “*Il est bien établi en droit international qu’aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats à n’importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement.*” (CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso sobre o Status da Carélia Oriental. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5, p. 27. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013). Esta e outras traduções são de inteira responsabilidade do autor.

Um Estado também poderia expressar o seu consentimento em aceitar a jurisdição de uma corte internacional de outra maneira. De acordo com uma jurisprudência bem sedimentada, a vontade de um Estado em submeter um litígio pode resultar não somente de uma declaração expressa num compromisso formal e preliminar, mas também por “ações que estabeleçam conclusivamente”<sup>3</sup> essa manifestação, em especial do comportamento do Estado defensor após a interpelação judicial. Assim, por fatos posteriores à abertura do processo (*forum prorrogatum*), a competência estaria firmada se o Estado apresentasse a sua contestação (como no Caso do Estreito de Corfú), ou se participasse das discussões e não produzisse objeção contra uma futura decisão de mérito (como nos Casos das Concessões Mavrommatis a Jerusalém e Haya de la Torre). A parte defensora não poderia mais contestar a competência da Corte em virtude da boa fé, mas, tanto deste modo, como no compromisso, a voluntariedade da jurisdição permanece inalterada.

Outras técnicas para submeter um caso a uma corte internacional, contudo, vieram-se somar. A Cláusula Raul Fernandes (art. 36.2 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça) e as cláusulas judiciais insertas em determinados tratados ampliaram bastante a ideia de jurisdição obrigatória. As cláusulas judiciais, em especial, conheceram grande divulgação entre os tratados concluídos sob a égide da ONU. Além disso, nos últimos anos, algumas convenções dificultaram a possibilidade (até então livre) dos Estados de promoverem reservas à cláusula judicial e, assim, contornar a jurisdição obrigatória. Como se verá a seguir, é o exato caso da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (doravante CNUDM).

O princípio da facultatividade da jurisdição permanece até os dias de hoje. De fato, não há um Estado mundial. Mas, em face dessas técnicas, este princípio permaneceu de todo inalterado? O propósito do presente artigo é o de responder esta questão na negativa. A regra da jurisdição facultativa das cortes internacionais não é mais entendida como era há cem anos. Pretende demonstrar-se que, num processo bastante singelo de medidas provisionais, o Caso ARA Libertad, o Tribunal Internacional de Direito do Mar (doravante TIDM) mitigou o referido princípio.

## 1. OS FATOS

---

<sup>3</sup> Cf. CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso dos Direitos das Minorias. Decisão de 26 de abril de 1928. Série A, n. 15, p. 24. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso do Estreito de Corfú. Decisão da Objeção Preliminar de 25 de março de 1948, p. 28. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso da Anglo-Iranian Oil Co. Decisão de 22 de julho de 1952, p. 114. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

No dia 15 de dezembro de 2012, o TIDM decretou medida provisional para que Gana liberasse a fragata argentina ARA Libertad que estava detida no porto de Tema e a reabastecesse para que pudesse seguir viagem.<sup>4</sup> Trata-se de um caso em que o TIDM não exerce jurisdição para decidir o mérito; ele é instância judicial interveniente e prévia a um processo arbitral que deve ser constituído sob os auspícios do art. 290.5 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982. Apesar de ser um caso que versa apenas sobre medidas incidentais e acautelatórias, constitui um exemplo bastante ilustrativo de um fenômeno de ampliação da jurisdição das cortes internacionais.

A disputa entre os envolvidos têm raízes na moratória que a Argentina decretou em 2001 de quase um bilhão de dólares em títulos de crédito; a maior moratória já registrada na história recente. A NML Capital – um fundo de investimento sediado nas Ilhas Cayman que pertence à firma Elliott Management Corp. e outros credores da Argentina – obteve, perante uma corte federal distrital de Nova York em 2009, o direito de executar bens do país em até trezentos e setenta milhões de dólares.<sup>5</sup> O grande detalhe é o fato de estes títulos conterem uma renúncia expressa, feita pela Argentina, da sua imunidade de execução. Posteriormente, perante o TIDM, Gana se referiu de modo veemente a essa renúncia:

A República (da Argentina) acordou irrevogavelmente a não contestar e a suspender a sua imunidade de jurisdição até a máxima extensão permitida pelo Direito desta jurisdição (...) desde que este acordo e esta suspensão, os quais se relacionam a qualquer jurisdição (...) sejam concedidos somente para o propósito de permitir o agente fiscal ou a detentora dos títulos desta série a cumprir ou a executar uma sentença relacionada.<sup>6</sup>

Todavia, a viagem da fragata argentina foi planejada com a devida antecedência. Em abril de 2011, houve um encontro em Buenos Aires entre as autoridades do país e representantes dos países da África sub saariana, inclusive diplomatas de Gana. Foi acordado que o navio faria um cruzeiro oficial para estreitar laços com treze nações da África Ocidental. Ainda, antes de a fragata chegar ao porto de Tema, perto de Acra, em 1º de outubro de 2012, houve extensa troca de notas diplomáticas entre as duas nações que evidenciam tanto

---

<sup>4</sup> Cf. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR. “ARA Libertad” (Argentina v. Gana), Caso n. 20, Request for the Prescription of Provisional Measures, para. 108, 15 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://www.itlos.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>5</sup> Cf. NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina, 2009 U.S. Dist. LEXIS 19046 (S.D.N.Y. Mar. 3, 2009), *aff’d*, 699F.3d246 (2d Cir. 2012).

<sup>6</sup> “*The (Argentine) Republic has hereby irrevocably agreed not to claim and has irrevocably waived such immunity to the fullest extent permitted by the laws of such jurisdiction (...) provided further that such agreement and waiver, in so far as it relates to any jurisdiction (...) is given solely for the purpose of enabling the fiscal agent or a holder of securities of this series to enforce or execute a related judgment.*” (“ARA Libertad”, Petição escrita de Gana, 28 de novembro de 2012, para. 61-62).

o caráter oficial da visita, como asseguram os direitos do navio e da sua tripulação de atracar no porto de Tema e dali sair sem sofrer nenhum constrangimento. O navio encerrava uma tripulação de 220 homens, entre os quais 69 membros seniores da marinha de guerra e 110 oficiais cadetes.

No dia seguinte à chegada do navio, a NML Capital entrou com um pedido na Divisão Comercial da Corte Suprema de Gana para que a execução concedida no judiciário norte-americano fosse satisfeita. Com base na renúncia supracitada, a Corte Suprema de Gana decidiu em favor do autor. Então, dois dias antes da data programada para o navio deixar o porto, as autoridades de Gana entregaram ao comandante o mandado para que o navio fosse detido.

Cumprе salientar que essa decisão do judiciário ganense ocorreu, em certa medida, à revelia da sua chancelaria. Nos dias subsequentes, a embaixadora argentina em Gana, Susana Patarо, e o Diretor do Departamento Jurídico e Consular do Ministério de Assuntos Estrangeiros e Integração Regional de Gana, Ebenezer Appreku, notificaram a Corte Suprema que a fragata seria inviolável e imune à jurisdição de Gana. Entre os dias 16 e 19 de outubro, uma delegação diplomática argentina visitou Acra e estabeleceu reuniões ministeriais para atingir uma solução para o impasse.

As intervenções, contudo, foram em vão. No dia 5 de novembro, o juiz da Corte Suprema Richard Adjei-Frimpong autorizou a administração do porto de Tema a remover o navio da sua posição original para outro local em razão de um congestionamento que havia ocorrido no píer. Dois dias depois, numa tentativa de mover a fragata para outro ancoradouro, as autoridades portuárias procuraram forçar a sua entrada no navio, mas foram impedidas pelos marinheiros que já estavam armados. Neste momento, a tripulação do navio se resumia a quarenta e cinco pessoas, pois a Argentina já havia retirado a maior parte do pessoal. Em resposta, a administração do Porto de Tema, cortou a eletricidade e o abastecimento de água do navio. Os marinheiros, diuturnamente armados e em guarda, teriam de sobreviver com os recursos da própria fragata, os quais, num futuro próximo, estariam fadados a se esgotar.

Ocorre que tanto a Argentina como Gana são membros da CNUDM. Então, no dia 30 de outubro, a Argentina notificou Gana para resolverem a controvérsia por meio de procedimento arbitral previsto no Anexo VII da Convenção. Diante da inércia de Gana, a Argentina esperou as duas semanas exigidas pelo art. 290.5, e, em 14 de novembro, submeteu um pedido ao TIDM de uma medida provisional para que Gana reabastecesse a fragata e que

permitisse ela deixar o Porto de Tema e as águas jurisdicionais do país.<sup>7</sup> O fundamento do pedido foi a violação, por parte de Gana, da imunidade de jurisdição e de execução que os navios de guerra desfrutam, consoante o art. 32. Na audiência de 29 de novembro, a Argentina afirmou que estava sofrendo danos irreparáveis aos seus direitos a cada dia que perdurava o impasse, com consequências terríveis para a soberania e dignidade do país. Isso se fez necessário uma vez que as medidas provisionais exigem um elemento de urgência.

## 2. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA CNUDM

A técnica tradicional de solução de controvérsias num tratado é a previsão de uma cláusula judicial ou arbitral facultativa, ou de qualquer outro meio de solução pacífica de disputas também facultativo. A CNUDM constitui um dos raros casos convencionais de previsão de um mecanismo compulsório de solução de controvérsias. Esse mecanismo não é perfeito, mas se revela bastante avançado. O art. 279 prevê essa obrigatoriedade, e invoca de maneira expressa o art. 2.3 da Carta da ONU; um princípio que nesta convenção se tornou verdadeira regra.

Durante a III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, cada um dos comitês principais foi encarregado de se ocupar dos modos de resolução de disputas. Este tema, entretanto, raramente aparecia nos debates e nos *drafts*. Então, constituiu-se um grupo informal para tratar unicamente da questão. Quatro objetivos primários foram definidos. Primeiro, as controvérsias deveriam ser resolvidas pelo Direito, a fim de evitar possíveis pressões econômicas e políticas dos países mais fortes. Segundo, alcançar-se-ia a melhor possibilidade de uniformização de interpretação da Convenção por meio de um mecanismo compulsório de solução de controvérsias. Terceiro, as exceções deveriam ser previamente determinadas para não comprometer o mecanismo. E, por fim, o sistema deveria ser inserido dentro da Convenção, não num protocolo opcional.<sup>8</sup>

Alguns países se opuseram, em princípio, à ideia de as disputas serem resolvidas por um terceiro que pudesse emitir uma decisão vinculante, ou seja por um tribunal arbitral ou uma corte judicial. Preferiam os modos diplomáticos, em especial a negociação direta, sem o envolvimento de terceiros. Outros Estados salientaram a existência de uma longa história de negociações malogradas e intermináveis; situação que levaria inevitavelmente ao uso da

---

<sup>7</sup> Cf. “ARA Libertad”, Pedido da República Argentina de Medidas Provisionais, para. 1, 14 de novembro de 2012.

<sup>8</sup> Cf. KLEIN, Natalie. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 20-21.

força. Para estes, a única chance de resolução pacífica consistia na aceitação de uma decisão obrigatória dada por um terceiro imparcial.<sup>9</sup>

O embate dessas duas posições gerou uma fórmula combinada. De acordo com o art. 280, os Estados possuem a liberdade de escolher qualquer meio pacífico de solução de controvérsias previsto no art. 33.1 da Carta da ONU. Se, uma vez escolhida uma das formas diplomáticas, a mesma falhar, então as partes devem eleger entre quatro modos jurisdicionais previstos no art. 287.1: o TIDM, a CIJ, um tribunal arbitral generalista, constituído conforme o Anexo VII, ou, ainda, um tribunal arbitral especializado nas controvérsias previstas no Anexo VIII. A jurisdição arbitral ou judicial é, portanto, em princípio, opcional. Mas ela se torna compulsória se o meio diplomático preferido pelas partes vier a malograr.

O TIDM (ou a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos) ainda pode se pronunciar para decretar medidas provisionais, se o tribunal arbitral escolhido de comum acordo entre as partes ainda não estiver constituído, ou, na falta de acordo entre as partes, depois de duas semanas do pedido das medidas (art. 290.5), o que foi o presente caso. No entanto, o TIDM só poderá decretar as medidas após considerar que, *prima facie*, o tribunal arbitral a ser constituído também teria jurisdição sobre o caso.

Causa surpresa a previsão dos artigos 287.3 e 287.5. Na inexistência de uma declaração válida que eleja um dos modos, ou se as partes numa controvérsia não tiverem escolhido o mesmo procedimento, então se reputa aceito o tribunal arbitral constituído conforme o Anexo VII. Dessa maneira, não há possibilidade de uma controvérsia se tornar não justiciável. O princípio bem sedimentado da facultatividade da jurisdição internacional foi quase todo mitigado pelo sistema da CNUDM.

O “quase” é devido a algumas exceções consideradas mais “sensíveis” à soberania. Em situações que envolvam a gestão adequada dos recursos da ZEE, a recusa em fixar limites de captura e da sua própria capacidade pesqueira e a recusa arbitrária de atribuir o excedente dos recursos aos Estados sem litoral, as partes podem submeter o pleito a uma comissão de conciliação, cuja decisão não é vinculante. Além disso, um Estado pode declarar por escrito que não aceita um procedimento compulsório que verse sobre delimitação do mar territorial, da ZEE ou da Plataforma Continental, zonas marítimas, baías ou títulos históricos, atividades militares, ou sobre uma matéria sob exame do Conselho de Segurança.

Por menos desejáveis que essas exceções a uma solução compulsória possam ser, elas se mostram bastante específicas e não ameaçam comprometer a integridade do sistema como

---

<sup>9</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Division for Oceans Affairs and Law of the Sea. Legal documents. Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em junho de 2013.

um todo. Assim, muitos internacionalistas como Tullio Treves consideram esse sistema bastante avançado, um verdadeiro paradigma para outros tratados.<sup>10</sup>

Mas, não há dúvidas, esse mecanismo todo só se aplica a disputas relativas à interpretação e aplicação da CNUDM, conforme o art. 288.1.

### 3. A DECISÃO

Embora cinco juízes tenham proferido votos em separado, a decisão de conceder a medida provisional contra Gana foi unânime. Esta observação é bastante significativa, como se verá depois.

A Argentina baseia o seu pedido primordialmente no art. 32, o qual, segundo este país, prescreveria a regra da inviolabilidade dos navios de guerra, o que se encontraria em conformidade também com uma regra bastante consolidada de Direito Internacional Geral. Menciona também a violação do art. 18.1,b) sobre passagem inofensiva e dos artigos 87 e 90 sobre a liberdade de navegação em alto mar. Pede a liberação imediata do navio, o seu reabastecimento e uma saudação formal à fragata, ao deixar o porto, como satisfação a um dano moral.<sup>11</sup>

Ao longo do procedimento, Gana se comportou de maneira um tanto esquizofrênica. Ebenezer Appreku, na fase oral, repetiu o que havia dito como *amicus curiae* na Corte Suprema de Gana. Mas, ainda assim, afirmou que o pedido deve ser negado porque Gana possui um judiciário independente.<sup>12</sup> Ora, cumpre salientar que consiste numa regra bem estabelecida de Direito Internacional Geral, refletida no art. 4 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, que um país responde internacionalmente pelos atos de todos os seus poderes, e, assim, o Estado constitui uma verdadeira mônada perante o Direito Internacional.

De modo ainda mais estranho, Gana nunca discordou que navios de guerra desfrutam de imunidade de execução. Ademais, tentou convencer o TIDM de que a controvérsia envolvia um todo muito maior do que a mera imunidade de execução da fragata detida. O TIDM deveria considerar também a execução pendente sobre a Argentina no judiciário ganense. Se o navio fosse libertado, o pedido jamais seria satisfeito, e, assim, a medida

---

<sup>10</sup> TREVES, Tullio. The New Law of the Sea and the Settlement of Disputes. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Audiovisual Library of International Law. Lecture Series. Disponível em <[http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Treves\\_LS.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Treves_LS.html)>. Acesso em junho de 2013.

<sup>11</sup> Cf. “ARA Libertad”, Pedido da República Argentina de Medidas Provisionais, para. 1, 14 de novembro de 2012.

<sup>12</sup> Cf. “ARA Libertad”, Oral Proceedings, ITLOS/PV.12/C20/2 29/11/2012 p.m., p. 3.

provisional, em vez de preservar uma determinada situação, terminaria por frustrar a controvérsia principal.

O caso até então apresentado parece bastante claro, e não haveria nenhum motivo para o TIDM negar o pedido argentino. No entanto, o problema maior é o fato de o Porto de Tema não se situar no mar territorial, mas em águas interiores. Desta feita, Gana argumentou que a CNUDM não regula as águas interiores e, portanto, o TIDM não teria competência, visto que tampouco o tribunal arbitral que resolveria o mérito da disputa teria competência. Além disso, Gana nunca discordou que navios de guerra gozam de imunidade de execução, mas esta regra pertence ao Direito Internacional Geral, não à CNUDM. O art. 32 apenas faz referência à imunidade, mas não a constitui, como se reiterasse esta norma.<sup>13</sup> O referido artigo, ainda, somente se aplica ao mar territorial, mas não às águas interiores, haja vista a sua localização na Parte II da Convenção intitulada “Mar Territorial e Zona Contígua”.

Assim, o ponto central da controvérsia se resumiu a um grande nó: se a imunidade de navios de guerra fosse estabelecida somente pelo Direito Internacional Geral, então não seria uma controvérsia sobre a aplicação da CNUDM, e o TIDM não teria competência, como preconizado pelo art. 288.1. Mas, se ela fosse regulada também pelo art. 32, então o TIDM teria competência.

O TIDM proferiu uma decisão bastante curta, como deve ser no caso de medidas provisionais, mas talvez curta demais para a controvérsia sobre a sua jurisdição. Mas isso também é revelador, como será visto. Primeiro, afastou a aplicação dos artigos 18.1, b) – por não se tratar do direito de passagem inofensiva –, 87 e 90 – porque a questão não se relacionava com a liberdade de navegação em alto mar. Os dispositivos não versam sobre a imunidade dos navios de guerra em águas interiores.<sup>14</sup>

Considerou também que, embora o artigo 32 se encontrasse localizado na Parte II da CNUDM, ele se aplicaria a todas as áreas. Deu o exemplo do art. 29, que se encontra na mesma parte, o qual fornece uma definição de navios de guerra válida para todas as regiões do mar.<sup>15</sup>

Resta ainda o problema mais sério, o da jurisdição. O TIDM pois apresentou uma resposta bem interessante: “visto que, à luz das posições das Partes, existe uma diferença de opinião entre elas sobre a aplicabilidade do art. 32, então o Tribunal acredita haver uma

---

<sup>13</sup> O argumento ganense parece correto. Vide o teor do artigo: “Com as exceções previstas na subseção A e nos artigos 30 e 31, nenhuma disposição da presente Convenção afetará as imunidades dos navios de guerra e outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais.”

<sup>14</sup> Cf. “ARA Libertad”, Ordem de 15 de dezembro de 2012, para 61.

<sup>15</sup> Cf. “ARA Libertad”, Ordem de 15 de dezembro de 2012, para 64.

controvérsia entre as Partes relativa à interpretação e aplicação da convenção”.<sup>16</sup> Ora, foi um argumento bastante retórico, pois a controvérsia versava sobre *se* – vale enfatizar: *se* – o artigo 32 seria ou não aplicável. Gana defendia a ideia de que a imunidade dos navios de guerra era regra do Direito Internacional Geral, não da CNUDM. Em última análise, a dúvida não era sobre a aplicabilidade de um dispositivo específico da Convenção, mas da própria aplicabilidade da Convenção.

De todo o modo, satisfeito o critério de justificar a jurisdição *prima facie* do tribunal arbitral que julgaria o mérito, o TIDM se voltou para a presença dos requisitos de uma medida provisional. Primeiro, julgou que a fragata satisfazia a descrição exigida no art. 29 para caracterizar um navio de guerra, e, assim, gozava de imunidade de jurisdição e de execução. Depois, considerou que havia uma necessidade urgente para a concessão da cautela porque Gana quis remover o navio para outro lugar e procurou exercer jurisdição sobre o mesmo. Havia ainda ameaças de processar o comandante argentino por desacato.<sup>17</sup>

Segundo alguns<sup>18</sup>, o argumento do TIDM se resume à ameaça de agravar as relações entre os dois países, o que foi mencionado expressamente no parágrafo 97. Em verdade, ao explicar os motivos da concessão da medida cautelar, o TIDM foi bastante lacônico. Como foi observado no voto em separado dos juízes Wolfrum e Cot, o TIDM também não teria observado a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça em determinar parâmetros para a concessão das medidas provisionais. Cumpre salientar, contudo, que a CIJ se mostra um tanto cambiante neste quesito. No Caso Disputa de Fronteira Burkina Faso e Mali, a CIJ opinou que o art. 41 do Estatuto lhe confere o poder de indicar medidas provisionais para impedir o agravamento e o prolongamento da controvérsia, sempre que as circunstâncias assim requererem.<sup>19</sup> O mesmo argumento foi invocado nos Casos Geórgia vs. Rússia<sup>20</sup> e Costa Rica vs. Nicarágua<sup>21</sup>. Todavia, no Caso das Papeleras<sup>22</sup>, a CIJ negou a cautela mesmo em face da

---

<sup>16</sup> “Considering that, in the light of the positions of the Parties, a difference of opinions exists between them as to the applicability of article 32 and thus the Tribunal is of the view that a dispute appears to exist between the Parties concerning the interpretation and application of the Convention” (“ARA Libertad”, Ordem de 15 de dezembro de 2012, para 65).

<sup>17</sup> “ARA Libertad”, Ordem de 15 de dezembro de 2012, para 99.

<sup>18</sup> Cf. FARINELLA, Favio. El Caso Fragata “Ara Libertad”. *Ius Gentium*, Curitiba, ano 6, n. 12, jul/dez 2012, p. 6.

<sup>19</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disputa de Fronteira Burkina Faso e Mali. Ordem provisional de 10 de janeiro de 1986, p. 10. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>20</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo à Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia vs. Rússia). Ordem de 15 de outubro de 2008, p. 43. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>21</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo a Certas Atividades Desenvolvidas pela Nicarágua na área de Fronteira (Costa Rica vs. Nicarágua). Ordem de 8 de março de 2011, p. 19. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

possibilidade de agravar o conflito – com a exceção do Voto do Juiz Buergenthal que afirmou que o art. 41 do Estatuto pode gerar dois tipos de medidas provisionais.<sup>23</sup>

Cabe ressaltar que o TIDM não mencionou a renúncia geral da imunidade de jurisdição que a Argentina fez para contrair a dívida; argumento que foi levantado por Gana. Esta ausência foi notada. James Kraska, em comentário ao caso, afirmou que a decisão provocou nos Estados Unidos uma forte reação que serviu para reacender os receios de aderir à Convenção. O editorial do *Wall Street Journal* de 24 de dezembro de 2012 considerou a decisão um atentado à soberania de Gana. O país africano teria sofrido verdadeiro “bullying” por uma corte internacional. O comentarista procurou mostrar que, ao contrário do que expressou o editorial, a ordem do TIDM se encontra em perfeita consonância com a tradição jurídica norte-americana de valorizar a imunidade de jurisdição e de execução dos navios de guerra.<sup>24</sup>

Existem, ainda, boas explicações para esta lacuna. Ao comentar a decisão, Craig Allen afirmou que o TIDM não poderia tocar no tópico da renúncia feita pela Argentina, pois isso seria analisar o mérito, o que só poderia ocorrer no tribunal arbitral.<sup>25</sup> Embora não houvesse menção na decisão da cautela, no voto separado dos Juízes Wolfrum e Cot, isso se encontra bastante claro. Segundo os Juízes, há dois processos judiciais em curso: um é o caso pendente no direito nacional entre a NML Capital e a Argentina sobre a dívida; o outro é o caso entre Argentina e Gana sobre a detenção do navio. Sobre este último, o TIDM deve se pronunciar (bem como o tribunal a ser constituído conforme o Anexo VII). O primeiro é regido pelo direito interno do estado de Nova York, do Reino Unido e de Gana; o segundo pelo Direito Internacional.<sup>26</sup>

O problema da renúncia feita pela Argentina à sua imunidade deve ser analisado no processo judicial de direito interno e talvez na decisão de mérito do tribunal arbitral, mas não pelo TIDM. Esta corte não deve se interessar – como não se interessou – pelo tema da satisfação da dívida da NML Capital, assunto que se correlaciona com a renúncia. Mas cabe aqui registrar que a interpretação envidada pelo Juiz Frimpong da corte ganense parece

---

<sup>22</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Papeleras no Rio Uruguai (Argentina vs. Uruguai). Ordem de 23 de janeiro de 2007, p. 12. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>23</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Papeleras no Rio Uruguai (Argentina vs. Uruguai). Declaração do Juiz Buergenthal, p. 22. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>24</sup> Cf. KRASKA, James. The “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana). *AJIL*, v. 107, n. 2, April 2013, p. 409.

<sup>25</sup> Cf. ALLEN, Craig. Law of the Sea Tribunal Resoundingly Affirms the Sovereign Immunity of Warships and Orders Ghana to Release Argentine Tall Ship ARA Libertad. *Opinio Juris*, 15 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://opiniojuris.org>>. Acesso em julho de 2013.

<sup>26</sup> Cf. “ARA Libertad”, Voto Separado dos Juízes Wolfrum e Cot, para 19-20.

subtrair de todo a soberania da Argentina, pois nenhum bem público poderia ser salvaguardado. A Argentina argumentou que as propriedades militares se encontram excluídas de maneira absoluta de qualquer medida executória de um Estado estrangeiro. Alternativamente, arguiu que, ainda que um país possa renunciar à imunidade de execução, a mesma deve especificar a propriedade militar envolvida. Uma renúncia geral não abrange bens militares ou diplomáticos; em princípio, ela se refere apenas à imunidade de jurisdição, à adjudicação do bem perante uma corte nacional. Para executar o bem, faz-se mister contornar outra imunidade, a de execução, o que exige uma nova renúncia mais detalhada e específica. O requerente ilustrou essa regra com diversos exemplos extraídos da prática dos Estados, bem como da jurisprudência de cortes internacionais e da doutrina internacionalista.<sup>27</sup> Como afirmado antes, em sua resposta, Gana jamais contestou a imunidade dos navios de guerra e da fragata argentina em particular.

A decisão principal foi unânime, mas a motivação não satisfaz todos os Juízes. O Voto Separado dos Juízes Wolfrum e Cot revela-se muito interessante. Eles discordaram em diversos pontos cruciais. Primeiro, afirmam que a CNUDM não regula as águas interiores. Portanto, limites à soberania do Estado costeiro nesta área não podem ser presumidos. Seria necessária uma referência expressa à imunidade de navios de guerra nas águas interiores, o que não há na CNUDM. Depois, realizam uma interpretação literal e contextual do art. 32, bem como recorrem à história legislativa do dispositivo, como preconiza as regras de interpretação previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Concluem que o artigo não prescreve a imunidade dos navios de guerra, mas reitera a regra de Direito Internacional Geral.<sup>28</sup>

Afirmam, no entanto, que Gana incorre em *estoppel*, tanto quando, na troca de notas diplomáticas, concedeu garantias oficiais à visita do navio, como quando, no pronunciamento do alto funcionário de Estado Ebenezer Appreku, reconheceu que a fragata não poderia ser detida.

Gana, pois, não está em posição de se opor a um processo judicial cujo objeto seja resolver a disputa criada pelas expectativas da Argentina na pressuposição [de boa fé] de que Gana iria estender ao navio todos os privilégios e imunidades que a Argentina poderia esperar pelo direito costumeiro a um vaso militar em visita de amizade.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Cf. “ARA Libertad”, Request for Provisional Matters submitted by Argentina, para 40-48.

<sup>28</sup> Cf. “ARA Libertad”, Voto Separado dos Juízes Wolfrum e Cot, para 23 e para 38-50.

<sup>29</sup> “Ghana is thus in no position to oppose a judicial procedure whose object is to resolve the dispute that arose out of Argentina’s reliance on the assumption that Ghana would extend to the ship all the privileges and immunities which Argentina could expect under customary international law for a military vessel on a visit of friendship.” (*Idem*, para 68).

O argumento do *estoppel* de Gana parece bastante consistente. Não há dúvidas de que o país africano levou a Argentina a acreditar que, primeiro, a viagem da fragata ocorreria sem problemas e que, segundo, diante do processo judicial interno, a chancelaria ganense procuraria resolver em favor da Argentina. As expectativas deste país eram bem fundadas, e foram, de fato, frustradas. Contudo, como observou o Juiz Chandrasekhara Rao, no seu Voto Separado, o *estoppel* não é adequado para estabelecer a jurisdição *prima facie* do tribunal arbitral a ser constituído sob as regras do Anexo VII.<sup>30</sup> Como visto, segundo o art. 288.1, o tribunal arbitral somente poderá apreciar casos relativos à interpretação e aplicação da CNUDM. O *estoppel* poderá ser um argumento relevante na apreciação do mérito, mas ele se mostra bem insuficiente para atrair a competência do TIDM.

A decisão do TIDM foi cumprida a contento. A fragata partiu do porto de Tema no dia 19 de dezembro e chegou, sem mais infortúnios, na Argentina em 9 de janeiro de 2013. Entretanto, cumpre salientar que houve mesmo deficiência na fundamentação da competência. O TIDM cometeu um grave equívoco ao aceitar uma contraposição bastante artificial entre o Direito Internacional Geral e a CNUDM (se a regra da imunidade dos navios de guerra for prescrita tão somente pelo primeiro, então o tribunal arbitral não teria jurisdição *prima facie* nos termos do art. 288.1); o tribunal arbitral do Anexo VII só se mostraria competente para resolver questões muito bem circunscritas na Convenção e não poderia dirimir disputas relativas ao Direito do Mar em geral. Este pensamento levou a uma interpretação um tanto extravagante do art. 32 e à necessidade de se empregar uma falácia para estabelecer a jurisdição ao final.

Contudo, a própria CNUDM prevê possibilidades de aplicação do Direito Internacional Geral. A Convenção é fertilizada em diversas circunstâncias por outras normas.<sup>31</sup> O preâmbulo reconhece que “as matérias não reguladas pela presente Convenção continuarão a ser regidas pelas **normas e princípios do Direito Internacional Geral**” (grifo nosso). Em outras palavras, a Convenção não teve a pretensão de revogar todo o Direito Internacional Geral, relativo ao Direito do Mar, anterior. E o art. 293.1 constitui uma verdadeira cláusula de abertura: “A corte ou tribunal que tiver jurisdição nos termos desta seção deve aplicar a presente Convenção **e outras normas de Direito Internacional que não forem incompatíveis com esta Convenção.**” (grifo nosso). Isso consiste numa remissão às regras de Direito Internacional Geral que forem pertinentes. Assim, os mecanismos de

---

<sup>30</sup> Cf. “ARA Libertad”, Voto Separado do Juiz Chandrasekhara Rao, para 13.

<sup>31</sup> Vejam outros exemplos de abertura. O art. 301 promove envio aos “princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas”. E o art. 311 contém uma declaração de compatibilidade com outros tratados de Direito do Mar.

solução de controvérsias estabelecidos pela CNUDM podem resolver questões relacionadas à aplicação e interpretação da própria Convenção e das regras de Direito Internacional Geral do Mar. O TIDM, portanto, não precisava aceitar uma contraposição entre a CNUDM e o Direito Internacional Geral que não existe na própria CNUDM.

As teses da defesa, de fato, não eram aceitáveis perante o Direito Internacional: não contestou a imunidade dos navios de guerra e afirmou a independência do Judiciário em detrimento das posições esposadas pelo Executivo. Além disso, o comportamento de Gana, ao longo de todo o episódio, denotava o *estoppel*. O único argumento mais sólido era o da não aplicabilidade do art. 32 (e, assim, de toda a Convenção). No entanto, o fato de a decisão ter sido unânime, ainda que por motivos bem distintos, é bastante revelador. Nenhum magistrado desejava que o caso pudesse se tornar não justiciável; que, por uma questão de competência, Gana conseguisse se evadir da jurisdição internacional. A menção ao art. 2.3 da Carta da ONU na exposição de motivos da decisão revela-se muito sugestiva.<sup>32</sup>

#### 4. A REDUÇÃO DO PRINCÍPIO DA FACULTATIVIDADE DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Muitos anos se passaram desde o Caso da Carélia Oriental. A CIJ, desde o início, encarou a sua jurisdição consultiva de forma bem diferente da sua predecessora. O art. 83 do Regulamento da Corte de 1946 previa a possibilidade de se nomear um juiz *ad hoc* numa questão legal pendente na jurisdição consultiva da Corte. Portanto, de maneira implícita, sempre admitiu a possibilidade de proferir uma Opinião Consultiva sobre um caso real. No Caso da Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia (julgado em 1950), estes países se opuseram ao pronunciamento visto que se tratava de uma questão pendente, o que contraria aquela regra estabelecida no Caso da Carélia Oriental. A CIJ pronunciou-se de modo a fazer verdadeira “terra arrasada” sobre o precedente:

Esta objeção revela uma confusão entre os princípios que governam o procedimento contencioso e aqueles que são aplicáveis às Opiniões Consultivas.

O consentimento dos Estados, partes em uma disputa, é a base da jurisdição da Corte nos casos contenciosos. A situação é diferente em relação ao procedimento consultivo mesmo quando o pedido se refere a uma questão legal de fato pendente entre Estados. A resposta da Corte é apenas de caráter consultivo; como tal, não tem força vinculante. Por conseguinte, nenhum Estado, membro ou não das Nações Unidas, pode impedir o pronunciamento de uma Opinião Consultiva que as Nações

---

<sup>32</sup> Cf. “ARA Libertad”, Ordem de 15 de dezembro de 2012, para 96.

Unidas considerem desejável a fim de obter clareza em relação ao curso de ação que pretende tomar.<sup>33</sup>

De fato, a CIJ nunca deixou de proferir Opiniões Consultivas sobre casos reais. Vide, entre outros, os Casos Bernadotte e a Construção do Muro na Palestina. Como notou Shigeru Oda no seu curso da Haia de 1993, na CPIJ, a falta de consentimento que impedia que a Corte se pronunciasse na jurisdição contenciosa era também o que impedia que ela exarasse uma Opinião Consultiva. Com a CIJ, a jurisdição consultiva é também empregada para aqueles casos em que não houve consenso suficiente para uma jurisdição contenciosa. O que impedia uma Corte se tornou um motivo para a outra se pronunciar.<sup>34</sup>

A jurisdição internacional continua sendo facultativa, mas o alcance desta regra é hoje menor. Foi limitada pelo art. 2.3 da Carta, que inspira todo o sistema de solução de controvérsias de Montego Bay. Como visto anteriormente, quando alguns Estados pediram no *drafting* da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar uma forma jurisdicional obrigatória de solução de controvérsias, não faziam isso só por uma preferência por este modo. Desejavam também impedir que alguns casos não fossem resolvidos simplesmente porque os Estados se recusariam a resolver. Os países opositores a essa ideia recorreram à existência de uma longa história de solução de disputas por meios diplomáticos e não jurisdicionais. Em resposta, os países favoráveis lembraram que esta era uma longa história de negociações infrutíferas e intermináveis.<sup>35</sup> E, dessa maneira, a CNUDM acomodou o sistema misto já referido. Para aqueles Estados que preferiam os meios diplomáticos, a Convenção permite que eles possam ser empregados. Mas, se as negociações malograrem, haverá uma resolução jurisdicional obrigatória. Por um lado, preservou-se, pois, a possibilidade de opção entre os diversos meios pacíficos. Por outro, não se permitiu que esta escolha estatal fosse tão ampla a ponto de deixar uma controvérsia sem solução.

Portanto, no sistema de Montego Bay, não se admite mais uma disputa sem resposta, seja ela negociada ou jurisdicional. A existência de casos não justiciáveis se revela um convite

---

<sup>33</sup> “*Cette objection procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent la procédure contentieuse et ceux qui s'appliquent aux avis consultatifs. Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis, a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso da Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950, p. 10. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013).

<sup>34</sup> Cf. ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993). *RCADI*, v. 244, 1993-VII, p. 102.

<sup>35</sup> Cf. TREVES, Tullio. *Op. Cit.*

à resolução não pacífica das controvérsias.<sup>36</sup> Como se sabe, o art. 2.4 da Carta das Nações Unidas impõe uma obrigação de abstenção, mas isso não basta para impedir o uso da força entre os Estados. É necessário analisar o art. 2.4 em conjunto com o art. 2.3. Os dois parágrafos representam um todo cujo propósito maior consiste na persecução da paz. Porém, isso não faz deste dispositivo um mero corolário do anterior. Ele tem um conteúdo próprio, não constitui a simples consequência à proibição da força. O art. 2.3, ao contrário do art. 2.4, encerra uma obrigação positiva: impõe que as controvérsias sejam resolvidas por meios pacíficos.

O professor Cançado Trindade, nos seu curso da Haia de 2005, chega a afirmar que a autonomia que os Estados possuem de escolher entre os meios de solução pacífica de controvérsias não constitui um princípio e deve ceder espaço à obrigação de resolver as divergências de forma pacífica, este último sim um verdadeiro Princípio Geral do Direito Internacional. A liberdade aludida não passa de mera faculdade e, como tal, não pode tornar sem efeito um princípio. “A liberdade de escolha é apenas uma prerrogativa aberta às partes em conflito para assegurar que aquele dever [resolver pacificamente as controvérsias] é observado.”<sup>37</sup>

Essa redução da liberdade dos Estados pode causar espécie, pois conduz a uma restrição do conhecido Princípio Lótus, uma das regras mais bem estabelecidas e consolidadas entre grande parte dos internacionalistas. Portanto, talvez tão importante como demonstrar uma restrição a este instituto é questionar a sua conveniência. No famoso caso, como se sabe, a Corte Permanente não indagou pela existência de uma norma que justificasse a jurisdição turca sobre o navio e o tenente franceses, mas se haveria uma regra que proibisse a Turquia de julgar o incidente. Assim, nascia o Princípio Lótus: os Estados podem exercer determinado comportamento ou omissão, desde que não haja uma proibição. Nas palavras da Corte:

As regras de Direito que constroem os Estados emanam portanto das suas próprias vontades autônomas expressas em convenções ou nos usos geralmente aceitos como expressões de princípios de Direito e estabelecidos para regular as relações entre estas comunidades coexistentes e independentes e com o fito de atingir objetivos comuns. Restrições sobre a independência dos Estados não podem portanto ser presumidas.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> “*But when negotiations fail, the situation at issue may aggravate, and lead to severance of relations between the parties concerned, as illustrated, inter alia, by the Hostages case, the contentieux between the United States and Iran following the seizure of the US Embassy in Tehran in 1979*” (CANÇADO TRINDADE, A. A. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. RCADI, v. 317, 2006, t. 2, p. 178).

<sup>37</sup> “*The free choice of means is but a prerogative open to contending parties to make sure that that duty is duly complied with.*” (CANÇADO TRINDADE, A. A. *Op. Cit.*, p. 212).

<sup>38</sup> “*The rules of Law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order or regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.*” (CORTE PERMANENTE

Não deve causar estranheza o fato de boa parte dos doutrinadores considerar o Princípio Lótus o equivalente, em Direito Internacional, do princípio da legalidade de direito interno. E, em virtude da conexão bastante estreita entre este último e a ideia de democracia, o Princípio Lótus desfruta de larga popularidade. Contudo, essa “analogia doméstica” não se revela tão perfeita assim. A legalidade constitui um princípio basilar do Estado de Direito porque reduz a arbitrariedade do Estado ao impor que as suas ações sejam pautadas pelo império do Direito. Mas o Princípio Lótus serve para o exato contrário em Direito Internacional pois aumenta o poder discricionário do Estado. Em Direito Administrativo, nenhum jurista defende a liberdade estatal como regra; todos os comportamentos são regradados. Ocorre aqui uma verdadeira antropomorfização: tal como os homens, os Estados necessitariam do princípio da legalidade para se defenderem das arbitrariedades do malvado Direito Internacional.

Há dois problemas com o Princípio Lótus. Primeiro, ele pressupõe que a soberania estatal, além de um fato, constitui uma fonte de normas. Esta posição não pode ser considerada pacífica, e é duramente criticada por autores não positivistas e, até mesmo, por positivistas não voluntaristas como Hans Kelsen.<sup>39</sup> Segundo, muitas normas de Direito Internacional Geral são, de fato, ambíguas ou imprecisas. Mas a dúvida acerca do conteúdo de uma regra de Direito, em nenhuma ordem interna, conduz forçosamente à regra permissiva geral. Se o simples fato de existir divergência interpretativa de normas costumeiras for suficiente para presumir a liberdade do Estado, então a obrigatoriedade das normas internacionais estaria gravemente comprometida.

Assim, não deve causar surpresa que o magistrado Cançado Trindade chegue a afirmar uma regra oposta:

No meu entendimento, não pode ser sustentada, nesta matéria, que o que não é proibido é permitido. Esta posição é equivalente à atitude tradicional – e superada – de *laisser-faire*, *laisser-passer*, típica de um sistema jurídico internacional fragmentado por subjetivismo estatal voluntarista, que inevitavelmente favoreceu os mais poderosos na história do direito. *Ubi societas, ibi jus...* Neste início do século XXI, em um sistema jurídico internacional que visa afirmar valores comuns superiores, entre as considerações de *ordre public* internacional, como no Direito Internacional dos Direitos Humanos, é precisamente a lógica inversa que deve ser imposta: o que não é permitido é proibido.<sup>40</sup>

---

INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso S.S. “Lotus” (França vs. Turquia). Julgamento n. 9 de 2 Agosto de 1926. Série A, n. 10, p. 33. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013).

<sup>39</sup> Vide as críticas de Kelsen ao dualismo de Triepel: KELSEN, Hans. Les rapports de système entre droit interne et le droit international public. *RCADI*, v. 14, 1926, p. 285.

<sup>40</sup> “En mi entendimiento, no se puede sostener, en esta materia, que lo que no está prohibido, está permitido. Esta postura equivaldría a la actitud tradicional - y superada - del *laisser-faire*, *laisser-passer*, es propia de un ordenamiento jurídico internacional fragmentado por el subjetivismo estatal voluntarista, que en la historia del

Por conseguinte, uma diminuição da liberdade dos Estados em deixar uma pendência não solucionada é não apenas bem vinda, como avança a regra da resolução pacífica das controvérsias, esta sim um princípio. As disputas não justiciáveis não são desejáveis e são, pois, proibidas pelo art. 2.3 da Carta da ONU. As cortes internacionais, assim, possuem a responsabilidade de restringir ao máximo tais situações. Trata-se de uma obrigação de tornar as cortes mais ativas e de estender a sua jurisdição. A exceção à sua competência deve hoje ser interpretada restritivamente. Em Montego Bay, é a existência de uma controvérsia não resolvida pelos meios diplomáticos, não a vontade das partes, que deflagra a jurisdição internacional.

## BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Craig. Law of the Sea Tribunal Resoundingly Affirms the Sovereign Immunity of Warships and Orders Ghana to Release Argentine Tall Ship ARA Libertad. *Opinio Juris*, 15 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://opiniojuris.org>>. Acesso em julho de 2013.

CANÇADO TRINDADE, A. A. International Law for Humankind: towards a new *jus gentium*. *RCADI*, v. 317, 2006, t. 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de Setembro de 2001. Série C, n. 80. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em julho de 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso da Anglo-Iranian Oil Co. Decisão de 22 de julho de 1952, p. 114. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

---

*Derecho ha favorecido ineluctablemente los más poderosos. Ubi societas, ibi jus... En este inicio del siglo XXI, en un ordenamiento jurídico internacional en que se busca afirmar valores comunes superiores, en medio a consideraciones de ordre public internacional, como en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es precisamente la lógica inversa la que debe imponerse: lo que no está permitido, está prohibido.*" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de Setembro de 2001. Série C, n. 80, para. 24. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em julho de 2013).

\_\_\_\_\_. Caso da Disputa de Fronteira Burkina Faso e Mali. Ordem provisional de 10 de janeiro de 1986. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso do Estreito de Corfú. Decisão da Objeção Preliminar de 25 de março de 1948, p. 28. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso da Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso Relativo à Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia vs. Rússia). Ordem de 15 de outubro de 2008. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso Relativo às Papeleras no Rio Uruguai (Argentina vs. Uruguai). Ordem de 23 de janeiro de 2007. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso Relativo a Certas Atividades Desenvolvidas pela Nicarágua na área de Fronteira (Costa Rica vs. Nicarágua). Ordem de 8 de março de 2011. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso dos Direitos das Minorias. Decisão de 26 de abril de 1928. Série A, n. 15, p. 24. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso sobre o Status da Carélia Oriental. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Caso S.S. “Lotus” (França vs. Turquia). Julgamento n. 9 de 2 Agosto de 1926. Série A, n. 10. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em julho de 2013.

FARINELLA, Favio. El Caso Fragata “Ara Libertad”. *Ius Gentium*, Curitiba, ano 6, n. 12, pp. 2-9, jul/dez 2012.

GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 80, pp. 1-189, 1952-I.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre droit interne et le droit international public. *RCADI*, v. 14, pp. 226-331, 1926.

KLEIN, Natalie. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. New York: Cambridge University Press, 2004.

KRASKA, James. The “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana). *AJIL*, v. 107, n. 2, pp. 404-410, April 2013.

ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993). *RCADI*, v. 244, pp. 9-190, 1993-VII.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Division for Oceans Affairs and Law of the Sea. Legal documents. Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em junho de 2013.

TREVES, Tullio. The New Law of the Sea and the Settlement of Disputes. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Audiovisual Library of International Law. Lecture Series. Disponível em <[http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Treves\\_LS.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Treves_LS.html)>. Acesso em junho de 2013.