

PATRÍCIA FERNANDA SCALCO

**A NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR NA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER DE INDICAR
MEDIDAS CAUTELARES: EFETIVIDADE JURISDICIONAL
VERSUS SOBERANIA ESTATAL**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós Graduação da Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do Grau de Mestre em
Direito e Relações Internacionais
Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.

Florianópolis-SC
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Scalco, Patrícia Fernanda

A natureza da tutela cautelar na Corte Internacional de
Justiça e o poder de indicar medidas cautelares;
efetividade jurisdiccional versus soberania estatal /
Patrícia Fernanda Scalco ; orientador, Arno Dal Ri Júnior -
Florianópolis, SC, 2015.
171 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito. 3. Direito Internacional
Público. 4. Corte Internacional de Justiça. 5. medidas
cautelares. I. Dal Ri Júnior, Arno. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

Prospero:

Our revels now are ended. These our actors,
As I foretold you, were all spirits, and
Are melted into air, into thin air:
And like the baseless fabric of this vision,
The cloud-capp'd tow'rs, the gorgeous palaces,
The solemn temples, the great globe itself,
Yea, all which it inherit, shall dissolve,
And, like this insubstantial pageant faded,
Leave not a rack behind. We are such stuff
As dreams are made on; and our little life
Is rounded with a sleep.

(William Shakespeare Prospero, in Act IV, Scene
I, The Tempest)

RESUMO

No objetivo de compreender qual a natureza da tutela cautelar da Corte Internacional de Justiça, a presente dissertação aborda as principais teorias internacionalistas que objetivam responder a esta problemática. O artigo 41 do Estatuto prevê a possibilidade de adotar medidas cautelares se, as circunstâncias assim requerem a fim de evitar danos irreparáveis, no entanto, a indicação das medidas, na maioria dos casos, ocorre antes da Corte Internacional de Justiça determinar se possui jurisdição sobre o mérito da disputa, gerando obrigações aos Estados sem o consentimento destes. Ante a problemática delineada, busca-se compreender se a tutela cautelar é um instrumento processual ou possui caráter autônomo de competência a partir da compreensão da relevância da jurisdição sobre o mérito para adotar as medidas cautelares e a concepção do conceito *prima facie* de jurisdição.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça, tutela cautelar, jurisdição, medidas cautelares, autoridade, efetividade jurisdicional, princípio do consentimento, jurisdição *prima facie*.

ABSTRACT

In order to understand the nature of the injunctive relief by the International Court of Justice, this thesis addresses on the main internationalist theories that aim to respond to this issue. The article 41 of the Statute provides the possibility to adopt provisional measures if circumstances so require in order to avoid irreparable damage; however, an indication of the measures, in most part of the cases, occurs before the International Court of Justice determines whether it has jurisdiction over the merits of the case, creating obligations on the States without their consent. Before the outlined problem, is sought to understand whether injunctive relief is a procedural tool or if it has an autonomous character of competence to the understanding of the jurisdiction relevance on the merits to adopt provisional measures and concept of the *prima facie* jurisdiction.

Keywords: International Court of Justice, injunctive relief, jurisdiction, provisional measures, authority, judicial effectiveness, principle of consent, *prima facie* jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PROCEDIMENTO E JURISDIÇÃO NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: BREVE INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA TUTELA CAUTELAR	15
1.1 NORMAS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA....	15
1.1.1 O Estatuto	16
1.1.2 O Regulamento da Corte Internacional de Justiça referente às medidas cautelares.....	21
1.2 PROCEDIMENTOS.....	26
1.2.1 O procedimento principal	26
1.2.2 O procedimento incidental.....	29
1.3 AS FORMAS DE CONSENTIMENTO PARA JURISDIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	32
1.3.1 A competência por meio da cláusula compromissória	32
1.3.2 A competência por meio da cláusula opcional de jurisdição obrigatória	37
1.3.3 Artigo 38, parágrafo quinto das Regras da Corte - O Forum Prorogatum.....	42
2 CONDIÇÕES E EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.....	45
2.1 O ARTIGO 41	45
2.1.1 Prevenção de dano irreparável e urgência	46
2.1.2 Não agravamento da disputa.....	56
2.1.3 O Fumus Boni Iuris	64
2.2 EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES	76

2.2.1	Responsabilidade dos Estados por violar medidas cautelares ..	77
2.2.2	O (não) posicionamento da Corte.....	86
3	A NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	93
3.1	A TUTELA CAUTELAR COMO UM PROCEDIMENTO INCIDENTAL	94
3.1.1	A natureza cautelar como poder inerente	94
3.1.2	A natureza cautelar e teoria com base no consentimento sobre o mérito	100
3.1.3	A natureza cautelar e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça	106
3.2	A NATUREZA CAUTELAR E A BASE PRIMA FACIE....	110
3.2.1	(Im)possibilidade da aplicação da teoria poder inerente e com base no consentimento	111
3.2.2	Tutela cautelar como instrumento processual ou fonte de jurisdição?.....	117
3.2.3	A origem do termo prima facie	120
3.3	A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA REFERENTE À JURISDIÇÃO PRIMA FACIE	127
3.3.1	A Autoridade da Corte Internacional de Justiça: Efetividade v. Soberania.....	146
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157

INTRODUÇÃO

Na adjudicação internacional, os Estados são livres para escolher qual Corte ou Tribunal pretende sujeitar-se para resolver determinada controvérsia jurídica¹, conceito este que se refere à necessidade de respeitar a vontade soberana dos Estados.

Em decorrência desse caráter rudimentar, como descreve Paola Gaeta, de como a atividade jurisdicional se apresenta, a tutela cautelar torna-se a principal, se não o único instrumento à disposição da Corte ou Tribunal, para lidar com o perigo da inefetividade da tutela jurisdicional, ao mesmo tempo em que protege a autoridade e eficácia do órgão jurídico².

Ante a esse cenário, o poder da Corte Internacional de Justiça indicar medidas cautelares está presente no artigo 41 do Estatuto. Artigo este que desde a sua criação é motivo de inúmeros debates no cenário internacional³.

Dentre os vários debates envolvendo a previsão normativa do artigo 41, o principal diz respeito ao binômio, efetividade jurisdicional, de um lado, e, respeito ao princípio do consentimento como fundamento da jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Esse debate ocorre primeiro, porque as medidas cautelares criam um procedimento incidental em relação ao processo principal, sendo, portanto, um instrumento à disposição da Corte Internacional de Justiça para melhor conduzir o processo, no entanto, e, ao mesmo tempo, estas criam obrigações aos Estados envolvidos na disputa sem a certeza de que estes tenham manifestado o seu consentimento.

Em segundo momento, o fato das medidas cautelares possuírem efeitos vinculantes significa que criam obrigações entre os Estados e a violação destas está sujeita à responsabilização internacional⁴. Terceiro, mas não menos importante, questiona-se qual a relação entre a jurisdição da Corte para resolver o mérito da disputa e a competência em adotar tutela cautelar se em nenhum momento o Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê a necessidade de análise entre ambas?

Ante a esse cenário, o problema que este trabalho apresenta é: Qual a natureza da tutela cautelar da Corte Internacional de Justiça? O objetivo é buscar compreender como a Corte Internacional de Justiça

¹ SHAW, 2003.

² GAETA, 2000.

³ ROSENNE, 2005.

⁴ MENDELSON, 2003.

garante a sua autoridade jurisdicional na tutela de direitos que estão pendentes de decisão final e respeita o princípio do consentimento da adjudicação internacional.

A hipótese apresentada é que a natureza da tutela cautelar depende da necessidade de verificar a existência da jurisdição *prima facie*. Em outras palavras, que, à primeira vista, a Corte Internacional de Justiça deve constatar a provável existência de jurisdição sobre o mérito da controvérsia para determinar se adota ou não as medidas solicitadas. Estabelecido o postulado do problema, será analisado como se apresenta a estrutura deste trabalho.

No primeiro capítulo delinear-se-ão as premissas básicas sobre o instituto das medidas cautelares. Para alcançar esse objetivo, o capítulo se divide em procedimento e jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

O procedimento compreende as normas do presente órgão jurídico, quais sejam o Estatuto e o Regulamento. No item seguinte analisar-se-ão os meios que concedem jurisdição à Corte Internacional de Justiça. Por fim, será estabelecida a diferença entre procedimento principal, relativo ao mérito da disputa, e, procedimento incidental, concernente as medidas cautelares.

No capítulo seguinte, serão verificadas quais são as condições para a adoção das medidas cautelares. Trata-se de examinar como a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça desenvolveu os requisitos necessários, em virtude do silêncio do artigo 41 do Estatuto sobre esse tema e como as condições dialogam com o processo principal (mérito) da disputa.

Em um segundo momento será apurado quais os efeitos das medidas cautelares indicadas, principalmente, após 2001, em virtude de determinação do efeito vinculante e como essa decisão interfere diretamente na necessidade de compreender a natureza da tutela cautelar.

O que se propõe é um exame das teorias doutrinárias desenvolvidas sobre o tema, contrapondo o posicionamento tomado pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

Finalmente, no terceiro capítulo serão arrazoadas as três principais teorias internacionalistas que tentam explicar a natureza da tutela cautelar, tendo o objetivo de determinar se a tutela cautelar é um instrumento processual ou uma questão de competência da Corte Internacional de Justiça.

Por fim, mas não menos importante, será feito um estudo da jurisprudência em relação à jurisdição *prima facie* e algumas críticas

pontuais acerca da sua autoridade como principal órgão jurídico das Nações Unidas.

Cabe ressaltar que algumas considerações de ordem metodológica devem ser igualmente delimitadas.

O marco teórico utilizado nesse trabalho é a obra “La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale”, de Paola Gaeta. Outro ponto importante que cabe enfatizar é que a construção do trabalho decorre, principalmente, da análise da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça em matéria de tutela cautelar. O lapso temporal da análise da jurisprudência inicia ainda na Corte Permanente de Justiça Internacional até a última ordem adotada pela atual Corte Internacional de Justiça, em 2014.

Em relação às referências bibliográficas, serão observadas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada à modalidade de citação autor-data), porém, como escopo é trazer ao texto uma limpeza textual, ao mesmo tempo em que a contextualização e comentários são imprescindíveis para melhor compreensão do trabalho.

No tocante às ordens emanadas pela Corte Internacional de Justiça e Corte Permanente de Justiça Internacional adotou-se o modelo tradicional de citação tendo como referência *ICJ Reports*, seguido da denominação dada ao caso, o ano, a página e o parágrafo disponível do mesmo, modelo este da própria Corte Internacional de Justiça. As citações em língua estrangeira foram traduzidas da língua original para o português, mantendo-se a versão original em nota de rodapé para salientar eventuais dúvidas. Todas as traduções foram realizadas pela autora, sendo de sua responsabilidade qualquer equívoco ou má interpretação. Desse modo, evitar-se-á a referência “tradução nossa” em cada uma das citações, bem como as demais citações em língua estrangeira presentes no trabalho.

1. PROCEDIMENTO E JURISDIÇÃO NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: BREVE INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA TUTELA CAUTELAR

Se o objetivo do trabalho é responder ao problema da natureza cautelar da Corte Internacional de Justiça (Corte ou CIJ), questiona-se por que tratar do procedimento⁵ e da jurisdição⁶ da Corte é importante para o desenvolvimento do trabalho. A resposta reside na necessidade de compreender quais as normas que regem os procedimentos perante a Corte, especificamente, as previsões normativas presentes no Estatuto e nas Regras, bem como, os meios de concessão de jurisdição para distinguir posteriormente como se caracteriza o procedimento principal, relativo ao mérito da disputa, e o procedimento incidental, referente às medidas cautelares.

A compreensão das diretrizes básicas assinaladas acima corresponde também à compreensão da jurisdição da Corte, pois a resposta do problema do trabalho encontra-se nesse limiar, entre o consentimento como princípio indispensável da adjudicação internacional e a busca pela efetividade jurisdicional da própria Corte⁷.

1.1 NORMAS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A Corte foi estabelecida⁸ pela Carta da Organização das Nações Unidas⁹ (ONU ou Nações Unidas), e, segundo a previsão normativa

⁵ “Procedure, by definition, is no more than a way of getting somewhere; and in the sphere of international judicial action, the destination (the decision) is usually of more interest to jurists than the anfractuosities of the route (the procedural incidents) [...]”. THIRLWAY, H. W. A.. *Procedural law and the International Court of Justice*. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosa. **Fifty years of the International Court of Justice**. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 389-405.

⁶ O termo jurisdição e competência serão empregados de maneira distinta nesse trabalho conforme o conceito dado por Paola Gaeta. O “[...] o termo jurisdição, [...] é mais apto para descrever uma situação em que um tribunal tem o poder de decidir uma lide, enquanto o termo competência é utilizado para indicar qual órgão é provido de tal poder”. GAETA, Paola. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**. Milão: Cedam, 2000. p. 94.

⁷ GAETA, 2000.

⁸ Artigo 7º da Carta da ONU. “Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um

desta, os Estados que são membros da ONU são, *ipso facto*, partes do Estatuto¹⁰. Contudo, o fato destes serem membros da ONU e, por conseguinte, parte no Estatuto não significa afirmar que a Corte possui o poder de resolver qualquer disputa entre os Estados sem o consentimento específico em cada caso¹¹.

Nesse sentido, as previsões normativas do Estatuto, que é um Tratado¹², e as Regras da Corte regem a organização e a administração interna da Corte¹³.

1.1.1 O Estatuto

A validade e a força normativa do Estatuto da Corte derivam, segundo Rosenne, dos “[...] princípios gerais de Direito Internacional que regem o instrumento constitutivo de uma organização internacional [...]”¹⁴.

A Conferência de São Francisco que criou a Corte Internacional de Justiça como o principal órgão jurídico das Nações Unidas¹⁵ adotou o

Conselho Econômico e Social, um conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado”.

⁹ Estabelecida após a Segunda Guerra Mundial pelos países vencedores da Guerra, a Organização das Nações Unidas é uma organização internacional com o propósito de manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz. (Artigo 1º da Carta da ONU).

¹⁰ Artigo 93 da Carta da ONU. “1. Todos os Membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”.

¹¹ BRANT, 2005.

¹² Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Artigo 1º, alínea “a” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

¹³ ROSENNE, 1997, p. 1071.

¹⁴ “[...] general principles of international law governing the constituent instrument of an international organization [...]”. ROSENNE, Shabtai. **The law and the Practice of the International Court of Justice: 190-1996**. Canada: Kluwer Law International, 1997. 2 v, p. 1071.

¹⁵ Artigo 1º Estatuto da CIJ: The International Court of Justice established by the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the United

mesmo Estatuto, no que tange ao seu funcionamento, da sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁶ (CPJI), instituída pelo artigo 14 do Pacto da Sociedade das Nações¹⁷, e que encerrou a sua atuação em 1945¹⁸.

Foi designado à Comissão IV, estabelecida pela Conferência, a função de “[...] analisar a estrutura da futura organização jurisdicional internacional, redigir os artigos da Carta das Nações Unidas referentes à sua organização e ao seu funcionamento e preparar o texto definitivo do seu Estatuto¹⁹”.

Dentre várias prerrogativas, o Estatuto trata da organização²⁰, competência²¹, procedimentos²², pareceres consultivos²³ da Corte e, inclusive, a possibilidade de alterações dos artigos²⁴.

Nations shall be constituted and shall function in accordance with the provisions of the present Statute.

¹⁶ A Corte Permanente de Justiça Internacional foi o primeiro órgão jurisdicional de caráter permanente e surgiu após o final da Primeira Guerra Mundial. Segundo o artigo 14 da Sociedade das Nações: “O Conselho será encarregado de preparar um projeto da Corte Permanente de Justiça Internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. A Corte tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as Partes lhe submetam. Dará também pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submeta o Conselho ou a Assembleia”. Apesar de ter sido criada pela Liga das Nações esta não fazia parte do Pacto e os Estados partes deste não reconheciam automaticamente o Estatuto da CPJI.

¹⁷ A Sociedade das Nações ou Liga das Nações foi uma Organização Internacional criada pelo Tratado de Versalhes, o mesmo que colocava termo à Primeira Guerra, sua sede era Genebra, cidade suíça. Ainda durante a Primeira Guerra Mundial, a ideia de criar um organismo destinado à preservação da paz e à resolução dos conflitos internacionais, assim, surgiu a Liga das Nações organizada de uma maneira bem semelhante à da atual ONU, sendo composta de um Secretariado, Assembleia Geral, e um Conselho Executivo (semelhante ao Conselho de Segurança atual da ONU). Em abril de 1946, o organismo se autodissolveu, transferindo as responsabilidades que ainda mantinha para a recém-criada Organização das Nações Unidas, a ONU.

¹⁸ BRANT, 2005.

¹⁹ BRANT, Leonardo Nemer. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Cedin, 2005, p. 49

²⁰ Artigos 2º ao 33º.

²¹ Artigos 34º ao 38º.

²² Artigos 39º ao 64º.

²³ Artigos 65º ao 68º.

²⁴ Artigos 69º e 70º.

O Estatuto atual foi adotado, como mencionado, com algumas alterações da CPJI, sendo este criado ainda em 1920 após um longo debate sobre como seria o funcionamento do primeiro órgão jurisdicional internacional de caráter permanente e universal²⁵.

Os avanços com a criação de um órgão jurisdicional de caráter permanente em relação às arbitragens *ad hoc*²⁶ são muitos. Destaca-se a composição do corpo dos juízes, a criação de uma jurisprudência universal, a determinação das fontes de direito aplicáveis e a abrangência da jurisdição do órgão jurídico, pois compreende todas as matérias do Direito Internacional²⁷.

Apesar dos avanços apresentados, a resistência dos Estados em existir um órgão jurídico de jurisdição obrigatória não foi possível superar. Assim, “[...] o consentimento permanece como a única base possível do exercício da jurisdição internacional [...]”²⁸

Deste modo, o princípio do Direito Internacional segundo o qual os Estados não são obrigados a submeter qualquer disputa sobre outro Estado sem o acordo de vontade de ambos, está sintetizado no artigo 36 do Estatuto.

De acordo com a previsão Estatutária do artigo 36,

1. A jurisdição da Corte abrange todas as questões que as partes se referem a ela e todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.
2. Os Estados Partes do presente Estatuto pode, a qualquer momento, declarar que reconhece como obrigatória, ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as disputas legais em matéria de: a. interpretação de um tratado; b. qualquer questão de direito internacional; c. a existência de qualquer fato que, se comprovado, constitua uma violação de uma obrigação internacional; d. a natureza ou extensão

²⁵ BRANT, 2005, p. 40.

²⁶ Utilizada como um método alternativo na solução de conflitos, a arbitragem é um meio extrajudicial em que as partes submetem questões litigiosas existentes ou futuras ao crivo de um árbitro ou de um tribunal arbitral.

²⁷ ROSENNE, 1996.

²⁸ BRANT, LEONARDO N.C. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito Internacional**. 2005, p. 43.

da reparação a ser feita para a violação de uma obrigação internacional²⁹.

O artigo 36, parágrafos primeiro e segundo do Estatuto, mantido pela Conferência de São Francisco, preserva como base para a jurisdição o princípio do consentimento conforme se pode observar pela jurisprudência tanto da CPJI e da atual Corte³⁰.

Conforme destaca Rosenne³¹, as regras presentes no artigo 36 do Estatuto são baseadas no princípio de que a jurisdição da Corte para lidar com o mérito da disputa e decidir sobre o caso depende única e exclusivamente da vontade dos Estados.

O poder da Corte em adotar medidas cautelares, entretanto, está previsto no artigo 41, capítulo 3, intitulado: Procedimentos. Segundo citado artigo,

1. A Corte tem o poder de indicar, se considerar que as circunstâncias assim o exigirem, quaisquer medidas cautelares que devem ser tomadas para preservar os direitos de cada parte.

2. Enquanto se aguarda a decisão final, conhecimento das medidas sugeridas será imediatamente entregue às partes e ao Conselho de Segurança³².

²⁹ 1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.

2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

³⁰ Ver casos: Chorzów Factory, A9, 1927, p. 32; Anglo Iranian Oil Co, 1952, p. 102-103; Corfu Channel, 1948, p.27;

³¹ ROSENNE, 1996, p. 565.

³² Article 41 1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party.

2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council. International Court of Justice, Statute, 2014.

Em suma, as medidas cautelares³³ poderão ser indicadas enquanto se aguarda decisão final, pois estas têm como objetivo preservar o direito material das partes envolvidas na disputa³⁴.

O instituto da tutela cautelar objetiva dar uma resposta rápida a um velho e difícil problema legislativo referente à demora da sentença do mérito ser emanada. Nas palavras de Paola Gaeta,

[...] de um lado a necessidade que o procedimento definitivo, para ser eficaz, seja emanado sem atraso; do outro lado, inadequação do processo ordinário a criar sem atraso um procedimento definitivo. Ocorre, em outros termos, regular um dos casos em que a necessidade de fazer apressado colide com a necessidade de fazer bem: de modo que o procedimento definitivo nasce com melhores garantias de justiça, esse deve ser precedido de regulamento e imediato desenvolvimento de toda uma série de atividades, mas esta mora indispensável ao cumprimento do ordinário *inter* processual corre o risco de tornar praticamente ineficaz o procedimento definitivo, o qual era destinado [...]³⁵.

A necessidade de estabelecer a natureza da tutela cautelar surge justamente pela questão de esta aparecer como um procedimento e não de uma questão de competência. Instrumento processual que está à

³³ Na elaboração do Estatuto, a existência da previsão do instituto das medidas cautelares se deve graças ao brasileiro Raul Fernandes. O jurista brasileiro fez parte do Comitê de Juristas indicados pelo Conselho da Liga das Nações e sugeriu o texto que hoje está presente no artigo 41. SZTUCKY, Jerzy. **Interim Measures in the Hague Court**. Holanda: Kluwer, Deventer, 1983, 303p.

³⁴ GAETA, 2000.

³⁵ “[...]Da un lato, la necessità che il provvedimento definitivo, per essere praticamente efficace, sia emanato senza ritardo; dall’altro lato, inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo. Occorre in altri termini regolare uno di quei casi in cui la necessità di far presto si urta contro la necessità di far bene: affinché il provvedimento definitivo nasca colle migliore garanzie di giustizia, esso deve essere preceduto dal regolare e mediato svolgimento di tutta una serie di attività, al compimento delle quali è necessario período, spesso non breve, di attesa; ma questa mora indispensabile al compimento dell’ordinario iter processuale rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo [...]”. GAETA, Paola. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**. Milão: Cedam, 2000. p. 11.

disposição da Corte para conduzir o processo e preservar o direito das partes.

1.1.2 O Regulamento da Corte Internacional de Justiça referente às medidas cautelares³⁶

A Carta das Nações Unidas é o tratado institutivo da ONU, do mesmo modo, que o Estatuto é o instrumento constitutivo da Corte Internacional de Justiça. Ambos elaborados segundo a vontade dos Estados. Ao contrário, o Regulamento, ou, Regras da Corte, foram determinados por esta através da previsão normativa do artigo 30 do Estatuto³⁷.

1. A Corte poderá elaborar normas para o exercício das suas funções. Em especial, estabelecerá as regras de procedimento.
2. As Regras da Corte poderão prever assessores para estarem presentes com a Corte ou com qualquer um de suas câmaras sem direito a voto³⁸.

No caso “Disputa de Fronteira marítima e territorial”, a Câmara nomeada para resolver a controvérsia afirmou que,

[...] Estados envolvidos em processos perante a Corte ou de uma Câmara são obrigados a conformar com todas as decisões quanto ao procedimento, que a Corte é especificamente habilitada a fazer pelos artigos 30 e 48 do seu Estatuto [...]³⁹.

³⁶ Previsões normativas da última alteração realizada em 1978.

³⁷ *ICJ Reports*, 1953.

³⁸ 1. The Court shall frame rules for carrying out its functions. In particular, it shall lay down rules of procedure.

2. The Rules of the Court may provide for assessors to sit with the Court or with any of its chambers, without the right to vote.

³⁹ “[...] *States engaged in proceedings before the Court or a Chamber are under a duty to conform with all decisions as to procedure, which the Court is specifically empowered to make by Articles 30 and 48 of its Statute [...]*”. *ICJ Reports, Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), 1992, p. 581§371.

Segundo Rosenne, as “[...] regras da Corte constituem a interpretação prática e geral do Estatuto [...]”⁴⁰. O Estatuto concedeu o poder da Corte modificar e suprimir algumas Regras de acordo com o melhor funcionamento do órgão jurisdicional.

Nesse sentido destacam-se os artigos 73 a 78 das Regras referentes ao procedimento das medidas cautelares.

Os artigos alhures fazem parte do primeiro grupo que compõem a Parte III das Regras, intitulado: Procedimentos em casos contenciosos, Seção D – Procedimentos incidentais⁴¹.

Segundo previsão do artigo 73, parágrafo primeiro, este regula o tempo, a modalidade e o conteúdo das medidas⁴². O pedido deve ser por escrito e pode ser feito a qualquer momento durante o curso do procedimento do caso em conexão com o pedido feito⁴³.

A *ratione temporis*, ou seja, o período de tempo que é possível realizar um pedido de medidas cautelares se inicia com a expressão “*durante o curso do procedimento...*”. Isso significa que o período válido para realizar o pedido depende de um documento válido instituindo o procedimento principal⁴⁴ interposto no Registro e o caso passa a fazer parte da Lista Geral⁴⁵. A partir desse momento, as medidas podem ser requeridas durante todo o período de duração do processo até o julgamento definitivo⁴⁶.

O parágrafo segundo o artigo 73⁴⁷ apresenta a estrutura o pedido. Versa sobre a necessidade de especificar as medidas requeridas, as razões e as consequências possíveis caso o pedido não seja concedido pela Corte Internacional de Justiça. O pedido de medidas deve ser

⁴⁰ “[...] Court rules are the practical and general interpretation of the Statute [...]”. ROSENNE, Shabtai. **Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea**. New York: Oxford, 2005, p. 62.

⁴¹ ICJ, Rules of Court (1978).

⁴² DANIELLE, 1993.

⁴³ 1. A written request for the indication of provisional measures may be made by a party at any time during the course of the proceedings in the case in connection with which the request is made.

⁴⁴ Diferença entre procedimento principal e procedimento incidental ver item 2.2.

⁴⁵ ROSENNE, 1997, p. 1437.

⁴⁶ DANIELE, 1993

⁴⁷ 2. The request shall specify the reasons therefor, the possible consequences if it is not granted, and the measures requested. A certified copy shall forthwith be transmitted by the Registrar to the other party.

apresentado à Corte e uma cópia deve ser imediatamente transmitida à outra parte.

[...] a exigência que as partes se preocupem em especificar a razão que justificam o seu pedido, e, em particular, as consequências danosas que podem derivar da falta de indicação de medidas cautelares é evidentemente prevista para colocar a Corte em condições de fazer uma ideia primária das circunstâncias relevantes para a sua decisão⁴⁸.

A solicitação de medidas cautelares terá prioridade sobre os outros casos, conforme destaca o artigo 74, parágrafo primeiro. Na interpretação de Rosenne, esta prioridade está ligada a interpretação do artigo 54, parágrafo segundo das Regras, ao estabelecer que, se for necessário, outros processos que estão pendentes de decisão poderão ser interrompidos para a Corte analisar o pedido das medidas cautelares⁴⁹.

Se no momento em que a Corte receber a solicitação de medidas e não estiver com todos os membros presentes, esta deverá ser convocada de imediato para analisar o pedido⁵⁰.

A respeito da composição da CIJ quando requerida para pronunciar-se sobre o pedido das medidas, alguns pontos são interessantes. O primeiro refere-se à necessidade da participação dos juízes *ad hoc*⁵¹ conforme previsão do artigo 31, parágrafos primeiro e segundo do Estatuto.

Outro ponto diz respeito à hipótese de um membro da Corte estar presente no momento da adoção das medidas, porém o seu mandato

⁴⁸ “[...] *L’esigenza che la Parte si preoccupi di specificare le ragioni dannose che potrebbero derivare dalla mancata indicazione di misure cautelari è evidentemente prevista per mettere la Corte in condizione di farsi una prima idea delle circostanze rilevanti per la sua decisione*”. DANIELE, Luigi. **Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia**. Milano: Dott. A. Giufrè, 1993 p. 110.

⁴⁹ ROSENNE, 1997, p. 1436.

⁵⁰ Art.74§2º The Court, if it is not sitting when the request is made, shall be convened forthwith for the purpose of proceeding to a decision on the request as a matter of urgency.

⁵¹ Juízes *ad hoc* são juízes provisórios designados em cada caso específico. Mais sobre o assunto ver: BRANT, LEONARDO N.C. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito Internacional**. 2005, p. 1291 p.

encerra-se antes da decisão sobre o mérito do caso⁵². Nesses casos aplica-se a previsão do artigo 13, parágrafo terceiro, o qual prediz que os membros da Corte “[...] devem continuar no desempenho das suas funções até que tenham sido substituídos. Embora substituídos, deverão terminar todos os casos que tenham iniciado⁵³”.

Os demais parágrafos destacam o papel do Presidente da Corte e o seu importante papel de assegurar o rápido desenvolvimento do processo.

Caso a CIJ não esteja composta com todos os membros no momento em que um pedido de medidas cautelares é feito, o Presidente poderá fixar a data da audiência outorgando as partes oportunidade para apresentarem seus argumentos. Assim como, poderá convidar aos Estados envolvidos na disputa a agirem de modo que o pedido de medidas cautelares produza os efeitos apropriados⁵⁴.

A data da audiência deve ser comum a ambas as partes, sobretudo pela parte Ré em face de quem foi realizado o pedido, em virtude do prazo necessário para examiná-lo e designar um representante que irá comparecer à audiência, segundo previsão do artigo 42 do Estatuto⁵⁵.

A participação no procedimento, no entanto, não é uma obrigação das partes, mas sim um direito que não pode impedir a continuação do processo⁵⁶.

A possibilidade de emanar medidas não depende exclusivamente do pedido das partes. O artigo 75, parágrafo primeiro, afirma que, a qualquer momento, a Corte poderá examinar *próprio motu*, se as circunstâncias do caso requerem a indicação da tutela cautelar. A ordem

⁵² DANIELE, 1993.

⁵³ Art. 13, §3º The members of the Court shall continue to discharge their duties until their places have been filled. Though replaced, they shall finish any cases which they may have begun.

⁵⁴ Art. 74§ 3º. The Court, or the President if the Court is not sitting, shall fix a date for a hearing which will afford the parties an opportunity of being represented at it. The Court shall receive and take into account any observations that may be presented to it before the closure of the oral proceedings. 4º. Pending the meeting of the Court, the President may call upon the parties to act in such a way as will enable any order the Court may make on the request for provisional measures to have its appropriate effects.

⁵⁵ Art. 42 1. The parties shall be represented by agents. 2. They may have the assistance of counsel or advocates before the Court. 3. The agents, counsel, and advocates of parties before the Court shall enjoy the privileges and immunities necessary to the independent exercise of their duties.

⁵⁶ DANIELE, 1993.

emanada deve ser cumprida por uma ou ambas as partes conforme o seu conteúdo⁵⁷.

A possibilidade da adoção de medidas *próprio motu* impõe algumas dificuldades, pois o artigo 41 do Estatuto veta a possibilidade da Corte pronunciar-se *ultra petita partium*, e a própria análise da Corte diante da disputa apresentada torna difícil estabelecer os limites da sua atuação.

Outro poder discricionário da Corte é a possibilidade de indicar medidas diversas daquelas que foram requeridas pelas partes, seja integralmente ou em partes⁵⁸.

Isso significa afirmar que a Corte é livre para determinar se as circunstâncias requerem a adoção das medidas, definir o conteúdo e a natureza destas, sem estar limitada ao pedido das partes. No entanto, a Corte nunca se utilizou desse poder e sempre indicou medidas limitadas ao conteúdo proposto pelas partes⁵⁹.

A possibilidade de um novo pedido está previsto no artigo 75, parágrafo terceiro. Caso a solicitação das medidas tenha sido rejeitada, um novo pedido referente ao mesmo caso pode ser feito com base em novos fatos⁶⁰.

As medidas permanecem em vigor até a decisão final da Corte. Decisão final esta atinente ao julgamento do mérito. A duração das medidas está previsto no artigo 76, parágrafo primeiro e confirmada pela aplicação jurisprudencial da CIJ⁶¹.

⁵⁷ Art. 75 §1º. The Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties.

⁵⁸ Art. 75 §2. When a request for provisional measures has been made, the Court may indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request.

⁵⁹ DANIELE, 1993, p. 122.

⁶⁰ Art. 75 § 3º. The rejection of a request for the indication of provisional measures shall not prevent the party which made it from making a fresh request in the same case based on new facts.

⁶¹ ICJ Reports, **Militar and Paramilitary Activities in and against Nicarágua** (Nicarágua/ USA) “[...] In its [...] Order of 10 May 1984, the Court indicated provisional measures “pending its final decision in the proceedings instituted on 9 April 1984 by the Republic of Nicaragua against the United States of America”. It follows that the Order of 10 May 1984, and the provisional measures indicated therein, remain operative until the delivery of the final judgment in the present case”.

As medidas cautelares poderão cessar ou serem modificadas a pedido das partes, se a Corte concordar, antes da decisão final⁶².

As medidas indicadas pela Corte de acordo com os artigos supracitados deverão ser comunicadas ao Secretário Geral das Nações Unidas, transmitidas ao Conselho de Segurança conforme previsão do artigo 41, parágrafo segundo do Estatuto⁶³.

A decisão adotada na matéria será aprovada na forma de *ordem*. Por fim, a CIJ poderá requerer informações às partes acerca da aplicação, cumprimento ou, qualquer questão relacionada, sobre qualquer medida indicada, se achar necessário⁶⁴.

1.2 PROCEDIMENTOS

As medidas cautelares, como mencionado, somente poderão ser adotadas se já existe um procedimento principal em andamento. Esse ponto tem o objetivo de trazer as características do processo principal, referente ao mérito da disputa, e o procedimento incidental referente às medidas cautelares.

1.2.1 O procedimento principal⁶⁵

O procedimento principal se inicia por um documento válido de uma das partes ao Secretário da Corte. Esse primeiro ato da parte é

⁶² Art. 76§1º. At the request of a party the Court may, at any time before the final judgment in the case, revoke or modify any decision concerning provisional measures if, in its opinion, some change in the situation justifies such revocation or modification.

§ 2. Any application by a party proposing such a revocation or modification shall specify the change in the situation considered to be relevant.

§3. Before taking any decision under paragraph 1 of this Article the Court shall afford the parties an opportunity of presenting their observations on the subject.

⁶³ Art. 77. Any measures indicated by the Court under Articles 73 and 75 of these Rules, and any decision taken by the Court under Article 76, paragraph 1, of these Rules, shall forthwith be communicated to the Secretary-General of the United Nations for transmission to the Security Council in pursuance of Article 41, paragraph 2, of the Statute.

⁶⁴ Art. 78. The Court may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has indicated.

⁶⁵ O procedimento principal será apresentado apenas em linhas gerais, uma vez que o foco do trabalho refere-se ao procedimento incidental.

denominado alegações iniciais (*application*, em inglês) e deve ser encaminhada por escrito⁶⁶.

A demanda pode ser apresentada pela notificação do acordo especial ou por ato unilateral⁶⁷, indicando o objeto do litígio e as partes envolvidas. O Secretário comunicará o ajuizamento da demanda às partes interessadas⁶⁸.

O objeto do litígio, bem como, as conclusões das partes deve estar clara e precisa, pois estas definem “[...] o alcance da demanda e os limites dentro dos quais a Corte deve se pronunciar⁶⁹ [...]”.

Rosenne destaca que o procedimento principal pode ser dividido em duas fases, os procedimentos escritos e orais⁷⁰. O procedimento escrito compreende a comunicação à Corte e as partes dos memoriais, contra memoriais, e, se necessário, réplicas⁷¹.

De acordo com o artigo 42 do Regulamento da Corte, o Secretário da Corte encaminhará notificação da demanda, seja por via unilateral ou compromisso, ao Secretário Geral das Nações Unidas, membros da Corte e aos Estados que possuem o direito de comparecer perante a Corte.

No memorial do Estado autor tem-se a exposição dos fatos, os fundamentos de direito, bem como, da jurisdição da Corte, as suas conclusões e pedidos finais.

Enquanto o contra memorial apresentam-se os argumentos da parte Ré contendo “[...] uma admissão ou negação dos fatos expostos no Memorial; quaisquer fatos adicionais, se necessário; observações sobre a declaração de direito no Memorial; uma declaração de lei em resposta à mesma; e dos fundamentos⁷²”.

O Presidente da Corte, após receber a notificação da existência de uma demanda, irá determinar a ordem da apresentação das peças processuais e o prazo dentro do qual devem ser interpostos⁷³.

⁶⁶ BRANT, 2005, p. 298.

⁶⁷ Sobre os meios de jurisdição ver item 2.3.

⁶⁸ Art. 40 do Estatuto da CIJ.

⁶⁹ BRANT, LEONARDO N.C. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. 2005, p p.299.

⁷⁰ ROSENNE, 1997, p. 1080.

⁷¹ Art. 43§2º.

⁷² “[...] *an admission or denial of the facts stated in the Memorial; any additional facts, if necessary; observations concerning the statement of law in the Memorial; a statement of law in answer thereto; and the submissions*”. Art. 49,§2º das Regras da Corte.

⁷³ Art. 44§1º das Regras da Corte.

Após o encerramento da fase escrita, as partes não poderão submeter nenhum novo documento, exceto se acordo ou autorização da Corte em contrário⁷⁴.

Com o encerramento da fase escrita, inicia-se a sustentação oral, que será agendada pela Corte⁷⁵.

[...] A sustentação oral consiste basicamente na audiência das testemunhas, dos especialistas, dos agentes, conselheiros e advogados. É, portanto, no curso de uma audiência, que a jurisdição internacional toma conhecimento das pretensões das partes e instrui o processo⁷⁶ [...].

As declarações orais deverão ser sucintas, direcionando-se às questões ainda controversas entre as partes e que se limita a não repetir fatos ou argumentos já arguidos⁷⁷. Ao final, as partes apresentarão as alegações finais. Estas deverão ser escritas e transmitidas à Corte e a parte contrária⁷⁸.

A Corte também poderá citar *ex officio* testemunhas e solicitar o auxílio de experts para prestar depoimento no caso⁷⁹.

Como destaca Rosenne, a função da Corte é determinar os fatos, e, se necessário, avaliar as provas produzidas pelas partes que esta considera decisiva para resolver a disputa⁸⁰.

A construção das provas é essencial para a parte obter êxito no julgamento do mérito, pois esta deve estabelecer na pretensão os elementos de fatos e de direito juntamente com elementos que comprovam os argumentos arguidos⁸¹.

Com o encerramento da fase oral, o processo é encaminhado para a deliberação da Corte. O julgamento é obrigatório, definitivo e produz

⁷⁴ Art. 56 das Regras da Corte.

⁷⁵ Art. 54 das Regras da Corte.

⁷⁶ BRANT, LEONARDO N.C. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. 2005, p.322.

⁷⁷ Art. 60 §1º das Regras da Corte.

⁷⁸ Art. 60 §2º das Regras da Corte.

⁷⁹ Art. 63 §2º das Regras da Corte.

⁸⁰ ROSENNE, S, 1997, p. 1083.

⁸¹ ROSENNE 1997.

efeito de coisa julgada, *res judicata*⁸². O efeito vinculante diz respeito somente às partes envolvidas na disputa⁸³.

No entanto, antes de emanar a sentença, a Corte deverá analisar as exceções preliminares arguidas pelas partes. As exceções preliminares dão origem ao procedimento incidental, assim como o pedido de medidas cautelares, a intervenção de terceiros e pedido de reconvenção⁸⁴.

As exceções preliminares arguidas pelas partes dizem respeito à jurisdição e admissibilidade da demanda com o objetivo de descartar a demanda ou suspender a análise do mérito⁸⁵.

As exceções devem ser apresentadas antes de qualquer procedimento sobre o mérito, deve ser escrita e no prazo máximo três meses após a entrega do memorial. Esta deve expor os fatos e a lei em que se baseia; as conclusões e uma lista dos documentos que o acompanham; deve mencionar todas as provas que a parte deseja de produzir⁸⁶.

Após a análise das arguições acerca das exceções preliminares, a Corte deverá conceder uma decisão em forma de julgamento aceitando, rejeitando ou declarar que não se trata de uma objeção preliminar, mas sim relativa ao mérito⁸⁷.

Apesar das exceções preliminares e as medidas cautelares apresentarem-se como incidentes processuais, o procedimento e o efeito de ambas são distintos. Enquanto as exceções preliminares analisam a existência da jurisdição e admissibilidade do processo principal, as medidas cautelares objetivam tutelar o direito que está pendente de decisão final.

1.2.2 O procedimento incidental

Conforme a definição dada pela Corte, procedimento incidental “[...] deve ser aquele que decorre de um caso que já está perante a Corte

⁸² Coisa julgada refere-se à impossibilidade de ajuizar demanda tendo mesmo objeto, mesma causa e partes idênticas a um caso já julgado pela Corte. Mais sobre o assunto ver: BRANT, L. **A autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público**, Forense, Rio de Janeiro, 2002, 504p.

⁸³ Art. 59 e 60 do Estatuto.

⁸⁴ BRANT, 2005, p. 340.

⁸⁵ Art. 79§5º das Regras da Corte.

⁸⁶ Art. 79§4º das Regras da Corte.

⁸⁷ Art. 79 §9º das Regras da Corte.

ou Câmara. Um procedimento incidental não pode transformar esse caso em um caso diferente, com diferentes partes⁸⁸.

Isso significa afirmar que o termo incidental refere-se à necessidade de já existir perante a Corte um processo principal válido, que ainda está pendente, e, que os direitos arguidos na pretensão principal e o assunto sobre o qual foram requeridas as medidas cautelares devem ter conexão entre si.

Conforme descrito no item alhures, a existência de um caso depende da instituição de um documento válido que dá início do procedimento principal. Conforme estabelecido pelo próprio Estatuto e pelas Regras da Corte, deve existir, entre o assunto da pretensão e os direitos que estão sendo arguidos nas medidas cautelares, uma conexão. Não é possível tutelar os direitos que não são objeto do processo principal⁸⁹.

Outra característica do procedimento incidental é que a ordem emanada pela Corte, especificamente sobre as medidas cautelares, possui efeito vinculante, no entanto, ao contrário do procedimento principal, não possui força de coisa julgada⁹⁰.

A obrigação das partes perdura enquanto durar o caso e, para a Corte, não constitui uma disposição final, mas uma decisão processual que deu origem ao procedimento incidental⁹¹. A decisão sobre as medidas cautelares em nada prejudicará o julgamento final da Corte, incluindo a jurisdição e admissibilidade da disputa⁹².

O efeito vinculante da ordem obriga a parte, ou, as partes, a realizar a conduta exigida pelas medidas, caso contrário, configura-se como ato ilícito dentro do conceito da responsabilidade internacional⁹³.

⁸⁸ “[...] must be those which are incidental to a case which is already before the Court or Chamber. An incidental proceeding cannot be one which transforms that case into a different case with different parties”. *ICJ Reports, Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), 1990, p. 134 § 98.

⁸⁹ ROSENNE, 1996.

⁹⁰ Essa afirmação não se aplica ao incidente das exceções preliminares conforme foi visto no item acima.

⁹¹ ELKIND, 1981, p. 169.

⁹² *ICJ Reports, Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua), 2011, §85. “Whereas the decision given in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves”.

⁹³ ROSENNE, 1996.

A questão incidental das medidas cautelares também não tem o objetivo de antecipar o julgamento do mérito, (*interim judgment*, em inglês), mas sim apenas preservar os direitos das partes enquanto se aguarda o julgamento final.

Esse posicionamento é claro também na jurisprudência da Corte conforme destaca o trecho da ordem de medidas cautelares emanadas em 1993. “[...] Considerando que as medidas indicadas pela Corte [...] em nada prejudica as conclusões da Corte sobre o mérito⁹⁴”.

A doutrina denominou “cláusula de não prejuízo” uma vez que está presente em todas as ordens referentes às medidas cautelares⁹⁵.

Para Stucky, uma questão importante sobre as medidas cautelares é que estas são conservatórias, no sentido de que são restritas aos direitos arguidos na pretensão do processo principal e não devem ir além da preservação dos direitos pendentes de decisão final⁹⁶.

O problema do procedimento incidental refere-se à expressão “jurisdição incidental”, um termo que não possui um significado jurídico preciso no Direito Internacional.

Ao afirmar que o procedimento incidental está atrelado a existência de um processo principal válido, e que a existência desse processo depende do consentimento das partes, o questionamento que surge é como deve ser compreendida a jurisdição do procedimento incidental, uma vez que, a adoção das medidas cautelares pode ser anterior à análise das exceções preliminares do processo principal.

Se a jurisdição para resolver o processo principal está claramente delineada pelo artigo 36 do Estatuto, a jurisdição relacionada ao procedimento incidental não goza das mesmas prerrogativas.

Existem algumas correntes doutrinárias nesse sentido. A primeira afirma que a expressão se relaciona com o exercício da jurisdição incidental conferida pelo artigo 36 do Estatuto, ou seja, a jurisdição para decidir o processo principal também inclui a jurisdição para lidar com todas as questões incidentais⁹⁷.

A segunda é que a jurisdição incidental não depende do consentimento específico e direto das partes, mas que está deriva do Estatuto da própria Corte. Os Estados ao se tornarem membros das

⁹⁴ “[...] *Whereas measures indicated by the Court [...] and would not in any way prejudice findings the Court might make on the merits; ICJ Reports, LaGrand (Germany/ United States of America), Order Provisional Measures, 1993, §27.*

⁹⁵ GAETA, 2000.

⁹⁶ STUCKY, 1983, p. 93.

⁹⁷ ROSENNE, 1995, p. 1140.

Nações Unidas, ou partes no Estatuto, aceitam o exercício da jurisdição incidental⁹⁸.

Existe ainda uma terceira corrente que afirma que a jurisdição do procedimento incidental é inerente ao funcionamento e boa administração da justiça internacional⁹⁹.

A origem do problema decorre em virtude das medidas cautelares estarem presentes, tanto no Estatuto como nas Regras da Corte, como uma questão processual, no entanto, a partir do momento que estas criam obrigações vinculantes entre os Estados deixam de serem caracterizadas como meramente um instrumento processual.

Diante desse impasse é que se busca compreender a natureza da tutela cautelar da Corte, pois se, de um lado, o artigo 41 concede o poder de adotar as medidas mediante a previsão Estatutária, por outro lado, esse poder não é ilimitado. Compreender o fundamento deste é essencial para estabelecer o limite entre a busca pela efetividade jurisdicional e o respeito ao princípio do consentimento.

1.3 AS FORMAS DE CONSENTIMENTO PARA JURISDIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Tendo como pressuposto o consentimento dos Estados¹⁰⁰ como base da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, objetiva-se analisar os meios de aquisição da competência previstos pelo artigo 36 parágrafo primeiro: competência por meio de cláusula compromissória em tratado bilateral ou multilateral; artigo 36 parágrafo segundo: cláusula opcional de jurisdição obrigatória, ambos do Estatuto, artigo 37 do Estatuto e artigo 38, parágrafo quinto das Regras da Corte.

1.3.1 A competência por meio da cláusula compromissória

O compromisso é o meio tradicional e, pode-se asseverar, um dos mais frequentes, desde a época da criação da CPJI, que os Estados possuem em submeter uma determinada controvérsia à decisão da CIJ¹⁰¹. No acordo está contida a cláusula jurisdicional que é a fonte da competência da Corte para dirimir a disputa entre as partes.

⁹⁸ ROSENNE, 1996, p. 81.

⁹⁹ DANIELE, 1993.

¹⁰⁰ Art. 34§1º: Only states may be parties in cases before the Court.

¹⁰¹ STARACE, 1980.

Nas palavras de Morelli,

[...] o compromisso internacional [...] em nada se distingue do acordo com o qual dois ou mais Estados convergem em linha preventiva e geral em submeter ao juízo eventual controvérsia pelo simples pedido unilateral de uma das partes, pois tal acordo se dirige diretamente a norma que atribui eficácia jurídica a futura pronúncia¹⁰².

O compromisso internacional, conforme conceituou Morelli, “[...] é uma norma instrumental, em virtude da qual a resolução do conflito terá como consequência a sentença¹⁰³ [...]”, sendo constituída da declaração de vontade dos Estados que o firmaram. Para o autor, trata-se de uma norma instrumental, pois, tem como objetivo atribuir efeito jurídico a um fato volitivo de dois Estados.

O fato de os Estados firmarem um acordo geral e preventivo, propriamente o compromisso, para resolução de controvérsias futuras se apresenta, para Gaetano Morelli, como um *Pactum de contrahendo*. As partes contraem obrigações preventivamente, comprometendo-se em cumpri-las quando a Corte, se assim as partes optarem, emanar a sentença.

Segundo o artigo 36§1º do Estatuto, A competência da Corte compreende todos os casos que as partes a ela submeterem e a todas as questões especiais previstas na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor¹⁰⁴.

As partes ao concluírem um acordo especial (compromisso), seja bilateral ou multilateral, possui uma cláusula afirmando que qualquer

¹⁰² “[...] *compromisso internazionale* [...] *nulla lo distingue dall’accordo com cui due o più Stati convengono in line preventiva e generale di sottoporre al giudizio [...] le loro eventuali controversie loro eventuali controversie a semplice richiesta unilaterale di una delle parti, poichè anche tale accordo è diretto a porre la norma che attribuisce efficacia giuridica alle future pronuncie.* MORELLI, Gaetano. **La Sentenza Internazionale**. Padova: Cedam, 1937, p. 197.

¹⁰³ “[...] *È una norma strumentale, per cui la soluzione del conflitto si tradurrà in sentenza [...]*”. MORELLI, Gaetano. **La Sentenza Internazionale**. Padova: Cedam, 1937 p.125.

¹⁰⁴ Art. 36§1. The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.

disputa que possa surgir em virtude deste a Corte será competente para dirimir a controvérsia mediante recurso unilateral. O recurso unilateral estabelece a jurisdição compulsória da Corte¹⁰⁵.

A expressão do artigo 36§1º se refere a acordo bilateral ou multilateral, que constitui a jurisdição da Corte em ordem a uma controvérsia indeterminada (controvérsia geral). Trata-se, em primeiro lugar, de acordos que tem por objeto específico a solução jurídica de controvérsias, ou de determinada categoria de controvérsias, entre as partes¹⁰⁶.

Zimmerman¹⁰⁷ afirma que a literatura é unânime ao afirmar que o compromisso possui vantagens inerentes, pois as partes apesar de não estarem livres de surpresas conseguem prever e avaliar os riscos incorridos ao submeterem-se a um órgão jurisdicional.

A competência da Corte se institui por meio do compromisso somente se, os Estados signatários do tratado, manifestarem-se concordando com a cláusula. Rosenne afirma que “[...] os elementos de reciprocidade e mutabilidade estão absorvidos dentro do tratado¹⁰⁸ [...]” e concedem às partes a possibilidade de executarem a obrigação advinda da norma instituída deste.

Alguns problemas podem surgir em decorrência da interpretação da Corte frente um determinado acordo que uma das partes afirma ser a fonte da competência. Um tratado somente terá efeitos jurídicos se possuir os elementos do artigo 1º, alínea a da Convenção de Viena sobre Tratados¹⁰⁹.

A cláusula compromissória pode ser instituída pelas Partes em tratados gerais, como por exemplo, tratados regionais que claramente afirmam que qualquer disputa entre as partes a jurisdição da Corte é compulsória para resolver a controvérsia, ou em tratados e convenções especializadas como, por exemplo, o Protocolo Opcional da Convenção

¹⁰⁵ ROSENNE, 1997.

¹⁰⁶ STARACE, 1970 p. 89.

¹⁰⁷ ZIMMERMAN, 2012.

¹⁰⁸ “[...] *The reciprocity and changeable elements are absorbed within the treaty* ROSENNE, Shabtai. **The law and the Practice of the International Court of Justice**: 190-1996. Canada: Kluwer Law International, 1997. 2 v, p. 543.

¹⁰⁹ Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Artigo 1º Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

de Viena sobre Relações Consulares¹¹⁰; Convenção de Montreal de 1971¹¹¹ e a Convenção de Genocídio¹¹².

Mediante a leitura do artigo de um tratado que estabelece a base da competência da Corte, é possível verificar que em alguns casos o fundamento da competência está ligado diretamente ao mérito da disputa¹¹³. Um exemplo claro é o artigo IX da Convenção sobre Genocídio.

O genocídio se configura na exterminação sistemática de pessoas tendo como principal motivação as diferenças de nacionalidade, raça e/ou religião. No entanto, é extremamente complexo para a Corte analisar se realmente é possível configurar genocídio na análise das objeções preliminares.

O artigo 36§1º prevê a jurisdição da Corte em “todas as questões especiais previstas na Carta das Nações Unidas”. Já o artigo 36 §3º da Carta das Nações Unidas prediz que o Conselho de Segurança pode fazer recomendações de que disputas legais devem ser submetidas a Corte Internacional de Justiça em conformidade com as disposições de

¹¹⁰ Optional Protocol concerning the compulsory settlement of disputes. Art. I: Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol. Casos julgados pela Corte com base no artigo I: **LaGrand** (Alemanha/ EUA); **Breard** (Paraguay/EUA); *Tehran Hostage crisis* (EUA/ Iran); **Avena and Other Mexican Nationals** (Mexico /EUA).

¹¹¹ Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation. Article 14§1º: Any dispute between two or more Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation, shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court. ICJ *Reports*, **Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie** (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), 1998.

¹¹² Art. 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 art. III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

¹¹³ Zimmerman, 2012.

seu Estatuto¹¹⁴. O problema que emerge é que, em regra geral, as recomendações do Conselho de Segurança são obrigatórias e que, portanto, podem instituir a jurisdição da Corte.

A Corte Internacional de Justiça afirmou no julgamento do “Incidente Aéreo de 10 de Agosto de 1999¹¹⁵”, em 2000, que a Carta das Nações não contém nenhuma previsão específica para instituir a competência da Corte. Pode-se verificar que em seis décadas da existência da Carta da ONU, o Conselho de Segurança apenas em três casos recomendou que a controvérsia fosse levada a Corte, mas que esta recomendação não constitua a base da jurisdição, conforme afirmado pela Corte ainda na década de 40 no julgamento do “Canal de Corfú¹¹⁶”.

Conforme destaca Vincenzo Starace¹¹⁷, a não aplicação da recomendação do Conselho de Segurança pela Corte Internacional de Justiça não pode ser considerada uma ameaça à paz no sentido do artigo 39 da Carta e possibilitar a adoção de medidas coercitivas contidas no capítulo VII. O fato do Conselho de Segurança não poder utilizar tais poderes coercitivos torna a recomendação não vinculante.

Outro ponto que o artigo 36 §1º do Estatuto da Corte faz referência é com relação aos “tratados e convenções em vigor”. A Corte possui uma lista completa de todos os tratados e convenções que possuem a cláusula compromissória como base para a sua competência no seu site, no entanto, o fato de um tratado não estar contido nesta lista, não significa que a Corte não pode aplicá-lo em um caso concreto.

A competência prevista no artigo 37 do Estatuto diz respeito aos tratados que preveem a Corte Permanente de Justiça Internacional ou, citam a Corte da Liga das Nações como órgão competente para dirimir a controvérsia. Como a CPJI não existe mais, a competência é transferida para a atual Corte.

A transferência da competência para a CIJ somente poderá ocorrer se os Estados partes do litígio são membros do Estatuto da atual Corte. “[...] É basicamente uma disposição de ponte e fornece certa

¹¹⁴ Carta das Nações Unidas, artigo 36§3º. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=1&p3=0>.

¹¹⁵ ICJ Reports, **Aerial Incident of 10 August 1999** (Pakistan /India), 2000.

¹¹⁶ ICJ Reports, **Corfu Channel** (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), 1948.

¹¹⁷ STARACE, 1970.

medida de continuidade entre a antiga Corte Permanente e a nova Corte Internacional de Justiça¹¹⁸”.

1.3.2 A competência por meio da cláusula opcional de jurisdição obrigatória

A jurisdição da Corte por meio da cláusula de jurisdição obrigatória refere-se ao artigo 36, parágrafo segundo do Estatuto da Corte. Segundo prediz o artigo,

Os Estados partes no presente Estatuto podem a qualquer tempo declarar que reconhecem a jurisdição compulsória *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceita a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as disputas legais referentes: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer questão de direito internacional; c) a existência de um fato que, se estabelecido, constituiria uma violação à qualquer obrigação internacional; d) a natureza ou extensão da reparação a ser feita para a violação de uma obrigação internacional

3. As declarações referidas anteriormente podem ser feitas incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade por parte de vários ou certos Estados ou por certo tempo¹¹⁹.

O fato de existir o termo jurisdição obrigatória não significa dizer que a Corte possui o poder inerente de resolver uma disputa arguidas pelos Estados sem que estes tenham expressado o seu consentimento.

¹¹⁸ “[...]It is basically a bridging provision and provides some measure of continuity between the old Permanent Court and the new International Court”. SHAW, M. **International Law**. 5TM Ed: Cambridge University, p. 978.

¹¹⁹ The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.

Por jurisdição obrigatória¹²⁰ compreende-se o fato de o Estado mediante a sua vontade depositar uma declaração de aceitação de competência da Corte com base no artigo 36, parágrafo segundo do Estatuto.

Ao surgir uma controvérsia, o Estado que depositou a cláusula será obrigado a aceitar a competência Corte com base e nos limites da declaração feita. Trata-se assim de um ato unilateral, pois apenas uma das partes envolvidas no conflito pode interpor o processo perante a Corte baseando a competência do órgão com fulcro na declaração da cláusula opcional.

Renata Szafarz destaca que jurisdição obrigatória ou compulsória significa “[...] a capacidade da Corte decidir – com efeito vinculante – disputas entre Estados motivada por apenas uma das partes da disputa¹²¹”.

A competência da Corte pode ser exercitada com base na cláusula opcional somente se os Estados aceitaram a mesma obrigação, - princípio da reciprocidade. “[...] Reciprocidade inclui igualdade das partes perante a Corte em procedimentos judiciais [...]”¹²². A base para a existência da competência ocorre através dos elementos que possuem o

¹²⁰ A jurisdição obrigatória tem origem no sec. XIX quando os primeiros tratados arbitrais de jurisdição obrigatória foram concluídos. A redação final do artigo 36§2º foi feita por uma delegação brasileira em 1920 quando foi instituída a Corte Permanente de Justiça Internacional. A princípio um comitê de juristas tentou aprovar a sua jurisdição como obrigatória, ou seja, sem a manifestação da vontade dos Estados, o que obviamente não ocorreu em virtude da não aceitação do Conselho da Liga. Novamente, na Conferência de São Francisco ocorreu uma tentativa de instaurar uma “verdadeira jurisdição compulsória” e novamente os mesmos Estados (Estados Unidos e antiga União Soviética) não aceitaram. SZAFARZ, R. 1991. *Vermais: GORDON, Edward. Legal Disputes under Article 36 (2) of the Statute.* In: DAMROSCH, Lori F.. **The International Court of Justice at a Crossroads.** New York: American Society Of International Law, 1987. p. 183-222.

¹²¹ “[...] *the capacity of the Court to decide – with binding force – disputes between states upon the motion of one of the parties to the dispute [...]*”. SZAFARZ, R. **The Compulsory Jurisdiction of International Court of Justice**, 1991, Vol. 14, , p. 3.

¹²² “[...] *reciprocity includes equality of the parties before the Court in judicial proceedings [...]*”. ROSENNE, Shabtai. **The law and the Practice of the International Court of Justice: 190-1996.** Canada: Kluwer Law International, 1997. 2 v., p. 541.

mesmo valor: as declarações de ambas as partes da disputa e as disposições do Estatuto¹²³.

[...] As palavras “mesma obrigação” significam que a competência da Corte surge unicamente nos limites dentro da qual tal declaração consiste em instituí-la, e, assim, em concreto, no limite da declaração mais restrita entre elas deve ser considerada¹²⁴.

O primeiro processo em que a Corte atual julgou com base na cláusula de jurisdição obrigatória foi o caso referente à “Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana”.

[...] no presente caso, a jurisdição da Corte depende da Declaração feita pelas partes sob o artigo 36 §2º [do Estatuto]... Pela Declaração, jurisdição é conferida à Corte apenas na medida em que as duas Declarações coincidam. Como a Declaração Iraniana é mais limitada que a Declaração do Reino Unido, é a Declaração Iraniana que a Corte deve basear-se¹²⁵.

As declarações constantes no artigo 36§2º podem conter a cláusula de denúncia total e parcial. A denúncia parcial consubstancia-se na possibilidade de o Estado autor da declaração impor novas reservas¹²⁶.

¹²³ SZAFARZ, 1991.

¹²⁴ “[...] le parole “la même obligation” stiano a significare che la competenza della Corte surge unicamente nei limiti entro i quali le dichiarazioni coincidono nell’istituirla, e quindi, di volta in volta, vengono em considerazione”. STARACE, Vincenzo. **La Competenza della Corte Internazionale di Giustizia in materia contenziosa**. Napoli: Jovene, 1970. p. 119.

¹²⁵ “[...] in the present case the jurisdiction of the Court depends on the Declarations made by the Parties under Article 36, paragraph 2 [of the Statute]... By these Declarations, jurisdiction is conferred on the Court only to the extent to which the two Declarations coincide in conferring it. As the Iranian Declaration is more limited in scope than the United Kingdom Declaration, it is the Iranian Declaration on which the Court must base itself”. ICJ Reports, 1953, p. 103

¹²⁶ ICJ Reports, **Right of Passage over Indian Territory** (Portugal v. India), 1957.

A existência da possibilidade de reserva pode gerar alguns conflitos, uma vez que, alguns autores afirmam que a reciprocidade termina. Para solução desta questão, a doutrina adotou o posicionamento de que se um Estado que não possui reserva e interpuser uma demanda contra o Estado que possui uma reserva, esta será aplicada ao Estado que não possui reserva. A Corte será competente somente se a reserva não excluir totalmente a sua jurisdição¹²⁷.

A reserva pode ser *ratione materiae* e incluir disputas que se referem, por exemplo, à jurisdição doméstica dos Estados, no entanto, a Corte é competente para analisar e se satisfazer de que não possui competência para dirimir a controvérsia¹²⁸.

A reserva *ratione personae* pode excluir a aplicação da reciprocidade a alguns Estados membros da Corte quando surgir uma controvérsia, por exemplo, restringir a competência a Estados membros da ONU, aos países que pertence *Commonwealth*.

Em relação à reserva *ratione temporis*, os Estados limitam a uma determinada data a jurisdição da Corte. Por exemplo, controvérsias que surgiram somente após o depósito da declaração.

O procedimento relativo às declarações previstas no artigo 36, parágrafo segundo, do Estatuto devem ser depositadas ao Secretário Geral das Nações Unidas que deverá transmitir cópias para os demais Estados partes do Estatuto conforme descrito no artigo 36, parágrafo quarto¹²⁹, do Estatuto.

A declaração de por meio da clausula facultativa deve atender aos requisitos de validade¹³⁰, tais como, a vontade dos Estados seja ausente de vício, que seja imputável a um sujeito, neste caso, ao Estado, e que a manifestação da vontade seja feita pelo órgão competente e de forma escrita¹³¹.

¹²⁷ Um caso interessante na Corte Internacional de Justiça sobre a cláusula opcional de jurisdição obrigatória foi sobre Nicarágua v. EUA. Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua em que os juízes adotaram uma abordagem minimalista. Ver mais em: ICJ Reports, 1986.

¹²⁸ Art. 36§6: “In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court”.

¹²⁹ Art. 36§4º “Such declarations shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court”.

¹³⁰ STARACE, 1970.

¹³¹ Morelli afirma que neste caso não se pode falar em manifestação tácita de vontade. Ver mais em: ICJ Reports, **Temple of PreahVihear**, (Cambodia v. Thailand) Opinião Dissidente, 1961.

Existem algumas divergências em relação ao momento em que a declaração passa a vigorar. Existem duas possibilidades, no momento do depósito ao Secretário da Corte ou quando os Estados tomam conhecimento de que um determinado Estado optou por tal jurisdição.

Gaetano Morelli, neste caso, assume uma posição distinta dos demais autores internacionalistas ao afirmar que a declaração passa a ter efeito a partir do depósito ao Secretário Geral das Nações Unidas¹³². Segundo o autor, o Secretário age na qualidade de órgão coletivo dos Estados partes do Estatuto.

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça no julgamento do caso “Direito de passagem sobre o território indiano¹³³” afirmou que a declaração se torna eficaz quando depositada ao Secretário Geral, e outra questão é o dever do Secretário transmitir aos Estados. Que o ato dos Estados não deve estar prejudicado pela ação ou omissão do Secretário em encaminhar a declaração às partes. Alega, ainda, que o artigo 36 não depende de requerimento adicional para produzir efeito.

No que diz respeito à natureza legal da cláusula opcional novamente instaurou-se um debate na doutrina internacional. A primeira interpretação foi de H. Lauterpacht, que a descreveu essencialmente como um tratado, pois é regido pela reciprocidade, cria obrigações entre as partes, é possível realizar reservas. Essencialmente representa um tratado¹³⁴.

O doutrinador Rosenne, afirma que o sistema é uma categoria *sui generis* por possuir tanto elementos de um tratado como de um ato unilateral. Destarte, a opinião de G. Morelli é diversa. Segundo o autor, trata-se de um acordo coletivo¹³⁵ entre os Estados declarantes tendo por objeto a instituição da competência da Corte. Esse acordo é resultado da manifestação de vontade unilateral. O ato unilateral estabelece o procedimento para conferir competência à Corte, enquanto a declaração confere eficácia de natureza institutiva da competência. O que caracteriza o artigo 36§2º como acordo é que o efeito do estabelecimento da competência da Corte apresenta a mesma produção jurídica.

¹³² Morelli expressa isso de maneira objetiva e clara na opinião dissidente no caso *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, 1961.

¹³³ *ICJ Reports, Right of Passage over Indian Territory*, (Índia v. Paquistão), 1960.

¹³⁴ SZAFARZ, 1991.

¹³⁵ Essa classificação foi adotada primeira por Anzilotti em opinião dissidente como juiz na CPJI no caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1939.

1.3.3 Artigo 38, parágrafo quinto das Regras da Corte - O Forum Prorogatum

Para Thirlway, a competência por meio do *forum prorogatum* ocorre quando “[...] O Estado requerente regularmente convida o Estado Réu a aceitar a jurisdição da Corte para o propósito deste caso sabendo perfeitamente que o convite poderia ser recusado ou, mais provavelmente, ignorado¹³⁶ [...]”.

O Estado ajuíza uma demanda e antes de estabelecer o requisito da competência *ratione personae*, invoca como base para a competência da Corte a manifestação de vontade pelo Estado Réu quando a aplicação já foi instituída. Não existem formalidades que devam ser preenchidas. “[...] O que importa é o acordo atual das partes de recorrer à Corte¹³⁷”.

[...] Três características do artigo 38 (5) deve ser sublinha antes de uma análise mais aprofundada. Em primeiro lugar, o artigo 38 (5) só permite à CIJ para transmitir a um Estado um pedido feito contra esta. Assim, em segundo lugar, a Corte não deve tomar nenhuma ação no processo até que o consentimento para a sua jurisdição tenha sido explicitamente dada pelo Estado demandado. Isso significa que a Corte é, tecnicamente falando, apenas ‘tomada’, uma vez que, o Estado demandado manifestou este consentimento. Em terceiro lugar, o Estado que é solicitado a concordar com a jurisdição da Corte é totalmente livre para responder conforme achar adequado. O consentimento do entrevistado tem uma natureza

¹³⁶ “[...]the applicant state regularly invited the respondent to accept jurisdiction for the purposes of the case, while knowing perfectly well that invitation would be refused or, more likely, ignored [...]”. THIRLWAY, Hugh. *The International Court of Justice 1989-2009: At the Heart of the Dispute Settlement System? Netherlands International Law Review*, Netherlands, v. 57, 2010. p. 359.

¹³⁷ “[...]what matters is the actual agreement of the parties to have recourse to the Court”. ZIMMERMAN, Andreas et al. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2012, p. 661.

deferida *ad hoc* que faz este procedimento um meio para estabelecer *forum prorogatum*¹³⁸.

Apenas três casos foram instituídos por meio do *forum prorogatum*. O primeiro foi o caso “Canal de Corfú”. O Conselho de Segurança recomendou, em 1947, que as partes levassem imediatamente a disputa à Corte. No julgamento das objeções preliminares a Corte afirmou que a jurisdição foi baseada na manifestação da vontade do Estado Réu de maneira sucessiva e em etapas. Conforme afirmou a Corte

[...] O Governo albanês, por sua vez, aceita plenamente a recomendação do Conselho de Segurança. Profundamente convencido da justiça da sua causa, resolvido a não negligenciar nenhuma oportunidade de dar provas de sua devoção aos princípios da colaboração amigável entre as nações e da solução pacífica das controvérsias, está preparado, não obstante as irregularidades tomadas pelo Governo do Reino Unido, a comparecer perante a Corte [...] ¹³⁹.

O outro caso envolveu a República do Congo em face do Estado Francês referente a “Certos procedimentos criminais na França”, que,

¹³⁸ “[...] *Three characteristics of Article 38(5) should be underlined before further consideration. First, Article 38(5) only allows the ICJ to transmit to a State an Application made against it. Thus, secondly, the Court shall take no action in the proceedings until consent to its jurisdiction has been explicitly given by the respondent State. This means that the Court is, technically speaking, only “seized” once the respondent State has expressed this consent. Thirdly, the State which is asked to consent to the Court’s jurisdiction is completely free to respond as it sees fit. The respondent’s consent has a deferred and ad hoc nature which makes this procedure a means of establishing forum prorogatum*”. POULIOT, Vicent. **Forum prorogatum before the International Court of Justice: the Djibouti v. France case**. In: The Hague Justice Portal, 2009.

¹³⁹ “[...] *The Albanian Government, for its part, fully accepts the recommendation of the Security Council. Profoundly convinced of the justice of its case, resolved to neglect no opportunity of giving evidence of its devotion to the principles of friendly collaboration between nations and of the pacific settlement of disputes, it is prepared, notwithstanding this irregularity in the action taken by the Government of the United Kingdom, to appear before the Court*. ICJ Reports, 1948, p. 19.

posteriormente, foi removido da lista, e, mais recentemente, o caso Djibuti versus França. Como resposta, o ministro das relações exteriores francês afirmou que o país consentiria com a jurisdição da Corte, mas seria válida somente nos propósitos deste caso¹⁴⁰.

Thirlway¹⁴¹ apresenta algumas críticas com relação à competência por meio do *forum prorogatum*. Segundo o autor, o fato do Estado Requerente convidar o Estado Réu a aceitar a jurisdição da Corte, deixa este em uma situação complicada, pois possibilita o Estado autor colocar em dúvida a legalidade da conduta do Estado oponente caso este não aceite submeter à disputa à Corte.

O autor também afirma que este é um procedimento comum que ocorre na negociação. A intenção da jurisdição trazida à Corte torna-se limitada ao Estado Réu em virtudes das faculdades arguidas pelo Requerente.

¹⁴⁰ ICJ *Reports*, 2008, páginas 177 e 181.

¹⁴¹ THIRLWAY, 2009.

2 CONDIÇÕES E EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O objetivo do segundo capítulo é expor os requisitos necessários para a adoção das medidas cautelares pela Corte Internacional de Justiça. Como será possível constar coube à Corte o papel de construir jurisprudencialmente as condições necessárias em virtude do silêncio do artigo 41 do Estatuto.

Em um segundo momento a finalidade é analisar os efeitos das medidas cautelares após a decisão de 2001 que as tornou vinculantes e qual as consequências no âmbito da responsabilidade internacional, não apenas considerar a possibilidade de responsabilidade, mas até que ponto a Corte possui o poder de determinar sanções, sejam elas processuais ou matérias.

2.1 O ARTIGO 41

De acordo com o artigo 41.1 do Estatuto, “a Corte possui o poder de indicar, se as circunstâncias assim requerem, quaisquer medidas cautelares que devem ser tomadas para preservar o respectivo direito das partes¹⁴²”.

Diante da limitação que o artigo traz ao não descrever as condições para adoção das medidas, bem como, o silêncio dos artigos 74 a 79 das Regras, coube à Corte, através da sua jurisprudência, desenvolver os requisitos e a escolha das medidas adotadas guiada pelo poder discricionário dos juízes, tendo como parâmetro a preservação dos direitos das partes na disputa. Conforme observa Luigi Daniele,

[...] tal norma põe duas condições para o exercício do poder em exame: - de um lado, as medidas cautelares somente podem ser indicadas a fim de proteger (a título provisório) o direito das partes em juízo; - por outro lado, a indicação de tais medidas é subordinada a existência de circunstâncias que se fazem necessárias a Corte¹⁴³.

¹⁴² Art. 41.1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party.

¹⁴³ “[...] tale norma pone due condizione per l’esercizio del potere in esame: - da un lato, le misure cautelari possono essere indicate soltanto al fine de

O objetivo deste ponto centra-se exatamente na análise da construção jurisprudencial dos requisitos para adoção das medidas cautelares e os efeitos por estas produzidos.

As condições analisadas referem-se à prevenção de dano irreparável e urgência; não agravamento da disputa e o *fumus boni iuris*.

2.1.1 Prevenção de dano irreparável e urgência

O conteúdo do artigo 41, segundo a interpretação da Corte, sugere que a adoção das medidas só se justifica em casos extremos e de modo excepcional. Sem a adoção das medidas por parte da Corte, o direito tutelado na disputa pode desaparecer ou ser irreparável tornando a disputa sem objeto. Um raciocínio interessante foi adotado pela CIJ no caso “Jurisdição da Pesca”.

Em 1974, o Reino Unido e a Alemanha ajuizaram demanda perante a Corte contra a Islândia relacionada a uma controvérsia referente à ampliação em 50 milhas náuticas da sua zona exclusiva em matéria pesqueira realizada pelo governo Islandês. O tratado entre os países, por sua vez, previa apenas 12 milhas náuticas e, portanto, a Islândia havia alterado unilateralmente o tratado além de ter expulsado embarcações do Reino Unido e da Alemanha que se encontravam além das 12 milhas náuticas impondo restrições as suas atividades nesta região.

Na ordem da adoção das medidas cautelares, a CIJ assinalou:

[...] Considerando que o direito da Corte de indicar medidas cautelares, tal como previsto no artigo 41 do Estatuto, tem por objetivo preservar os respectivos direitos das partes até a decisão da Corte, pressupõe um prejuízo irreparável não deve ser causado a direitos que são objeto de disputa em processos judiciais e que o julgamento da Corte não deve ser antecipado em razão de

proteggere (a titolo provvisorio) i diritti delle parti in giudizio; - d'altro lato, l'indicazione di tali misure è subordinata all'esistenza di circostanze tali a renderle, a giudizio della Corte, necessarie”. DANIELE, Luigi. **Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia**. Milano: Dott. A. Giufrè, 1993, p. 69.

qualquer iniciativa em relação às medidas estão em causa [...] ¹⁴⁴”.

A Corte inseriu, assim, como requisito para adotar a tutela cautelar, que a medida deve evitar prejuízo irreparável. No entanto, ao citar que o objetivo das medidas é preservar os direitos das partes, a Corte não esclarece exatamente o que pode ser definido por “prejuízo irreparável” na preservação dos direitos ou quais direitos são suscetíveis desta proteção.

Apesar da linguagem do Estatuto deixar para a Corte decidir quais são as condições que requerem tais medidas, tal poder não é totalmente discricionário. “[...] uma vez que o objetivo das medidas é preservar os direitos das partes, conclui-se que as condições devem envolver algum tipo de dano antecipado desses direitos”¹⁴⁵. Os direitos que serão protegidos necessariamente referem-se ao assunto da disputa já existente entre as partes perante a Corte. No pedido de medidas cautelares pela Nova Zelândia v. França, caso “Testes Nucleares”¹⁴⁶, a Corte afirmou:

[...] Considerando que, para efeitos do presente processo, basta observar que as informações apresentadas a Corte, incluindo Relatórios do Comitê Científico das Nações Unidas sobre os Efeitos da Radiação Atômica, entre 1958 e 1972, não se exclui a possibilidade de que os danos à

¹⁴⁴ “[...] Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective right of the parties pending the decision of the Court and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court's judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the measures with are in issue”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1972, p. 35, §22.

¹⁴⁵ “Since the purpose of provisional measures is to preserve the rights of the parties, it follows that circumstances must involve some form of anticipated damage to those rights”. ELKIND, Jerome B. **Interim Protection: A Functional Approach**. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1981. p. 209.

¹⁴⁶ Em 1973, a Nova Zelândia ajuizou demanda perante a Corte contra a França a respeito de uma controvérsia sobre a legalidade de testes nucleares atmosféricos realizadas na região do Pacífico Sul. O governo da Nova Zelândia solicitou à Corte que julgasse e declarasse que a conduta do Estado Réu de realizar testes nucleares estaria originando dejetos radioativos constituindo violação do direito internacional.

Nova Zelândia podem ter sido causados pelo depósito em território na Nova Zelândia de substâncias radioativas provenientes dos testes e isso poderia ser irreparável ao Estado neozelandês¹⁴⁷.

Segundo a jurisprudência da Corte, a constatação de prejuízo irreparável consiste em dois elementos: “a) [...] verificação de perspectivas de ocorrência de um determinado evento; b) verificação de possíveis consequências irreparáveis desse evento, se ocorrer [...]”¹⁴⁸, em outras palavras, quais seriam as consequências, no caso concreto, se a Corte não adotasse a tutela cautelar.

Ao realizar uma análise dos casos citados acima é possível extrair alguns pontos. O primeiro refere-se à questão da Corte indicar medidas cautelares quando um dano já possa ter ocorrido ou que possa ser cometido em um futuro próximo¹⁴⁹.

No que tange ao critério de atos que podem ser cometidos pelas partes em um futuro próximo deve-se, necessariamente, analisar esta probabilidade de maneira profunda, pois se estará limitando a conduta de um Estado soberano frente a um evento futuro.

Diante desta dualidade, risco de dano irreparável, por um lado, e soberania estatal, de outro, o papel da Corte é verificar se existem grandes chances desta possibilidade ocorrer ao analisar o caso concreto e se esta faz referência à matéria principal do caso - ligada diretamente ao mérito da demanda¹⁵⁰.

O segundo ponto é que até esse período, final da década de 70, a Corte ainda não havia estabelecido de maneira clara se as medidas cautelares poderiam ser adotadas somente quando o prejuízo de dano

¹⁴⁷ “Whereas for the purpose of the present proceedings it suffices to observe that the information submitted to the Court, including Reports of the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation between 1958 and 1972, does not exclude the possibility that damage to New Zealand might be shown to be caused by the deposit on New Zealand territory of radio-active fall out resulting from such tests and to be irreparable”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1973, §30.

¹⁴⁸ “[...] ascertainment of the prospects of occurrence of a certain event; and ascertainment of possibly irreparable consequences of that event if it occurs”. SZTUCKY, Jerzy. **Interim Measures in the Hague Court**. Holanda: Kluwer, Deventer, 1983, p. 105.

¹⁴⁹ DANIELE, 1993.

¹⁵⁰ SZTUCKY, 1981.

irreparável ao direito não poderia ser compensado por vias pecuniárias, ou seja, “absoluta irreparabilidade”, não sendo possível restituir o *status quo ante*, ou se poderia se aplicar o conceito de que qualquer direito pode ser “reparável” monetariamente, deixando a critério da Corte, no julgamento final, analisar esse ponto e obrigar o Estado violador na norma internacional restituir a outra parte¹⁵¹.

Esse ponto ainda não foi enfrentado pela Corte de maneira objetiva. Novamente, deve-se atentar a construção jurisprudencial para compreender quando um prejuízo pode ser considerado irreparável e em qual sentido. No caso referente aplicação da “Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio”, Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro (Iugoslávia), processo ajuizado durante a guerra dos Bálcãs¹⁵², a CIJ asseverou:

[...] Considerando a faculdade da Corte para indicar medidas cautelares nos termos do artigo 41 do Estatuto da Corte tem como objeto preservar os respectivos direitos das partes até a decisão da Corte, e pressupõe que um prejuízo irreparável não deverá ser causado a direitos que são o objeto da disputa no processo judicial; e que por esta razão a Corte deve se preocupar em preservar a natureza dessas medidas e os direitos que podem ser posteriormente julgados pela Corte que pertencem tanto ao Requerente ou ao Requerido [...]¹⁵³.

¹⁵¹ SZTUCKY, 1981.

¹⁵² A Bósnia- Herzegovina instituiu procedimento perante a Corte Internacional de Justiça em face da Sérvia e Montenegro (Iugoslávia) em relação a supostas violações da Convenção de Prevenção e Repressão dos Crimes de Genocídio pelo Estado da Iugoslávia. Na demanda da Bósnia-Herzegovina, esta relatou inúmeras violações ao direito internacional costumeiro, princípios gerais do direito e violação aos artigos 1, II (a), II (b), II (c), II (d), III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV and V da presente Convenção. O Estado autor requereu indicação de medidas cautelares para, dentre outros pontos, cessar o genocídio da população muçulmana. Sobre o caso ver: ICJ Reports, **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 1993.

¹⁵³ “[...]Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice shall not be caused to rights which are the subject of

Quando o direito que a parte busca proteger estiver relacionado com a perda ou ameaça da vida humana, a irreparabilidade do dano é evidente, pois nada pode ser mais irreparável que a perda de uma vida.

Nesse sentido, além do caso da “Convenção sobre Genocídio”, outros inúmeros casos envolvendo a vida humana foram objeto de medidas cautelares por parte da CIJ. A título de exemplo pode-se citar o caso “Fronteira marítima e terrestre entre Camarões e Nigéria¹⁵⁴”. Caso este que a Corte claramente afirmou que a morte de pessoas causa danos irreparáveis aos direitos das partes envolvidos na disputa.

[...] Considerando que os eventos que deram origem ao pedido, e mais especialmente a morte de pessoas, causaram danos irreparáveis aos direitos que as partes possam ter sobre a Península; Considerando que as pessoas na área em disputa e, como consequência, os direitos das partes dentro dessa área estão expostos a sérios riscos de novos danos irreparáveis; e que ações armadas no território em disputa pode pôr em risco a existência de elementos de prova relevantes para o presente caso; e que, a partir dos elementos de informação de que dispõe, a Corte considera que existe o risco de que os acontecimentos suscetíveis de agravar ou estender a disputa podem ocorrer novamente tornando assim a resolução da disputa mais difícil¹⁵⁵;

dispute in judicial proceedings; and whereas it follows that the Court must be concerned to preserve by such easures the rights which may subsequently be adjudged by the Court to belong either to the Applicant or to the Respondent[...]. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1993, p. 20§34.

¹⁵⁴ Caso ajuizado perante a CIJ em 1994 que Camarões ajuizou contra a Nigéria envolvendo a soberania da península de Bakassi. Segundo as alegações do Estado de Camarões, o Estado nigeriano estaria contestando a soberania da mencionada península desde o final de 1993 e por meio do uso da força tropas militares estariam invadindo o território de soberania estatal de Camarões. Camarões a fim de evitar mais incidentes entre os dois países requereu que a Corte determine o curso da fronteira marítima entre os dois Estados para além da linha fixa em 1975. ICJ Reports, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, 2002.

¹⁵⁵ “[...]Whereas the events that have given rise to the request, and more especially the killing of persons, have caused irreparable damage to the rights that the Parties may have over the Peninsula; whereas persons in the disputed

O Juiz Abdul Koroma, em opinião dissidente, asseverou que o envolvimento militar ocasiona maior perda de vidas humanas constituindo um dano irreparável e, que por si só, apresentam os elementos necessários para a adoção da tutela cautelar¹⁵⁶.

No que concerne à proteção da vida humana como bem jurídico principal tanto do objeto das medidas cautelares como do mérito, os casos que envolveram EUA por execução de nacionais de outros países esclarece bem esse ponto. No caso LaGrand¹⁵⁷, a Corte adotou as seguintes medidas:

[...] Considerando que a execução de Walter LaGrand está ordenada para 3 de março de 1999; e que tal execução causaria danos irreparáveis aos direitos reivindicados pela Alemanha neste caso particular; [...] Os Estados Unidos devem tomar todas as medidas para assegurar que Walter LaGrand não seja executado pendendo decisão final da Corte;¹⁵⁸ [...]

area and, as a consequence, the rights of the Parties within that area are exposed to serious risk of further irreparable damage; and whereas armed actions within the territory in dispute could jeopardize the existence of evidence relevant to the present case; and whereas, from the elements of information available to it, the Court takes the view that there is a risk that events likely to aggravate or extend the dispute may occur again, thus rendering any settlement of that dispute more difficult”. ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 1996, p. 23§42.

¹⁵⁶ ICJ Reports, Dissident Opinion Judge Abdul Koroma, 1996. Em opinião totalmente contrária ver: Land and Maritime Boundary, Declaration Shigeru Oda, 1996.

¹⁵⁷ Em 1999, a Alemanha ajuizou demanda contra os EUA em virtude da violação do artigo 36§1º, b da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas. Os irmãos LaGrand foram julgados e condenados a morte pelo governo do Estado do Arizona sem serem informados sobre os direitos previstos na convenção. ICJ Reports, LaGrand, 2001.

¹⁵⁸ “[...]Whereas the execution of Walter LaGrand is ordered for 3 March 1999; and whereas such an execution would cause irreparable harm to the rights claimed by Germany in this particular case;[...] The United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter Lagrand is not executed pending the final decision in these proceedings [...]”. ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 1999, p. 24

No caso envolvendo México v. EUA, os argumentos são basicamente os mesmos utilizados pela Alemanha, quais sejam, de que os cidadãos mexicanos condenados à morte não tiveram a proteção prevista no artigo 36, §1º, b, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. No pedido das medidas à Corte, o México afirmou que “[...] a execução poderia causar um prejuízo irreparável aos direitos que podem, posteriormente, ser julgados pela Corte e pertencerem ao México [...]”¹⁵⁹.

Conclui-se, portanto, que o conceito de dano irreparável possui três elementos: a) que os direitos preservados possuem relação com a controvérsia já ajuizada perante a Corte, no entanto, as medidas não devem antecipar o julgamento do mérito¹⁶⁰; b) o poder previsto no artigo 41 é de prevenir um dano, mas não eliminar as consequências de um dano já produzido pelas partes¹⁶¹; c) a Corte criou uma distinção entre irreparabilidade de fato e irreparabilidade de direito¹⁶².

A irreparabilidade de fato está relacionada com a ocorrência de um dano que impede a decisão final do julgamento de mérito, em outras palavras, as medidas são adotadas para proteger os direitos em disputa contra prejuízo irreparável, porque no sentido real não se pode reparar o direito lesionado. “[...] a perda da vida humana pode ser facilmente avaliada como ‘irreparável’ no sentido de que a situação fatural que existia antes não pode ser restabelecida. [...]”¹⁶³. Pode-se afirmar que a irreparabilidade está diretamente ligada a interesses de natureza não patrimonial, em que a reparação não pode ser feita por via monetária¹⁶⁴.

¹⁵⁹ “[...] *their execution would cause irreparable prejudice to any rights that may subsequently be adjudged by the Court to belong to Mexico; [...]*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2002, p. 91§55.

¹⁶⁰ Uma crítica interessante foi feita por Rylatt, Jake William, Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency (September 2013). **Leeds Journal of Law and Criminology** 45p.

¹⁶¹ DANIELLE, 1993.

¹⁶² IWAMOTO, 2002.

¹⁶³ IWAMOTO. The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**. 2002 p. 345. Outros casos envolvendo a vida humana perante a CIJ vide: Hostages in Teerã (USA v. Irã); Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali); Armed Activities on the Territory of Congo (RDC v. Uganda); The use of Force (Iugoslávia v. OTAN);

¹⁶⁴ GAETA, 2000.

Na ordem de medidas cautelares na controvérsia referente à “Convenção de Genocídio”, a Corte destacou que, em virtude da situação extremamente complexa, as partes deveriam seguir as medidas adotadas seriamente, pois, na Bósnia-Herzegovina “[...] nenhuma reparação poderia apagar os resultados de conduta que a Corte poderá decidir ter sido contrárias ao direito internacional [...]”¹⁶⁵.

Ao contrário, o conceito de dano irreparável de direito é mais complexo e problemático. Em teoria, a irreparabilidade pode ser compensada ou restituída por algum meio material através de pagamento pecuniário. A perda da vida humana não pode ser restaurada, no entanto, o pagamento tem o papel de ressarcir, de algum modo, a perda da vida. Mas quem receberá o pagamento já que a disputa envolve Estados, não indivíduos?

A Corte até o presente momento não se posicionou claramente sobre o ponto, não há uma definição sobre o que esta entende como irreparabilidade de direito. Dependendo do caso, a vida humana pode ser interpretada como dano irreparável de fato ou de direito.

Se o assunto da disputa não estiver ligado diretamente à vida humana, não sendo, portanto, o assunto principal da demanda, o dano pode ser interpretado como de direito¹⁶⁶, pois o que causou os danos foi consequência das atitudes das partes. Já quando a vida humana é o assunto principal, como no caso “LaGrand”, a disputa perdeu o seu objeto, sendo, portanto, dano irreparável de fato¹⁶⁷.

Ao mesmo tempo em que a tutela cautelar serve para prevenir um prejuízo irreparável, o requisito da urgência ou, *periculum in mora*, aparece como condição indissociável a este. Se o objetivo é prevenir a irreparabilidade significa afirmar que a Corte deve agir com urgência.

O artigo 74 §1º e 2§ das Regras da Corte, respectivamente, afirmam que “O pedido para a indicação de medidas provisórias deverá ter prioridade sobre todos os outros casos” e “A Corte, se não estiver reunida quando o pedido for feito, será convocada imediatamente com a

¹⁶⁵ “[...]no reparation could efface the results of conduct which the Court may rule to have been contrary to international law [...]”. ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 1993, p. 349§58.

¹⁶⁶ Em casos envolvendo conflitos armados em que o assunto da disputa é a delimitação de fronteiras, por exemplo, a perda da vida humana é uma consequência do conflito, não o bem jurídico tutelado principal.

¹⁶⁷ IWAMOTO, 2002.

finalidade de proceder a uma decisão sobre o pedido como uma questão de urgência¹⁶⁸”.

Assim, como nos sistemas internos, o instrumento das medidas cautelares serve para lidar com as desvantagens da duração excessiva do processo¹⁶⁹. Tendo em vista o artigo 74 das Regras e a duração prolongada do processo, a jurisprudência da Corte introduziu o requisito do *periculum in mora*. Esta expressão

[...] refere-se à possibilidade de que, também por causa da duração do processo, podem ser verificadas circunstâncias que podem causar lesões aos direitos (materiais ou processuais) das partes ou a possibilidade de um exercício efetivo da jurisdição. No entanto, esse prejuízo deve ser iminente, isto é, deve ser tal que coloque em evidência a urgência de uma intervenção cautelar¹⁷⁰ [...].

No caso referente ao “Julgamento dos Prisioneiros Paquistaneses¹⁷¹”, ao indicar medidas cautelares a Corte afirmou que “[...] a essência de um pedido de medidas cautelares solicitadas à Corte deve ser uma questão de urgência [...]”¹⁷²”.

¹⁶⁸ Regras da Corte, 1978.

¹⁶⁹ GAETA, 2000.

¹⁷⁰ “[...]fare riferimento all'eventualità che, anche causa della lunghezza del processo, vengano a verificarsi circostanze tali da recare un pregiudizio ai diritti (sostanziali o processuali) delle parti o alla possibilità di un esercizio effettivo della giurisdizione. Tale pregiudizio deve però risultare imminente, e cioè, deve essere tale a mettere in evidenza l'urgenza deun intervento interinale.[...]”. GAETA, Paola. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**. Milão: Cedam, 2000. p. 85.

¹⁷¹ Caso envolvendo o Paquistão v. Índia. O Estado paquistanês requereu a repatriação de prisioneiros de guerra e civis internados que se encontram em território indiano de acordo com o direito internacional. Os prisioneiros que se encontravam na Índia, mas que eram de origem paquistanesa estavam sendo acusados pelo governo pelo crime de genocídio. Em sede de medidas cautelares, o Paquistão requereu que estes não fossem encaminhados a uma prisão em Bangladesh, pois o judiciário indiano não possuía jurisdição a este respeito.

¹⁷² “[...]the essence of a request for interim measures of protection that it asks for a decision by the Court as a matter of urgency [...]”. ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 1973, p. 330.

Os Estados devem, ao requerer a indicação das medidas, convencer a Corte que se trata de uma questão de natureza urgente. No caso “Passagem através do Great Belt”¹⁷³, a Corte afirmou que a adoção da tutela cautelar só se justifica se houver urgência, sendo que o objetivo é resguardar os direitos das partes pendentes de decisão final¹⁷⁴.

Recentemente, na disputa República do Congo v. França, referente a “Certos procedimentos criminais na França”¹⁷⁵, a Corte afirmou: “[...] os requisitos essenciais para adoção de medidas cautelares, de acordo com a jurisprudência da Corte são, nomeadamente, urgência e prejuízo irreparável [...]”¹⁷⁶.

Segundo o Juiz Cançado Trindade, “[...] urgência incide, assim, nas medidas que devem ser tomadas imediatamente, no contexto de uma determinada situação, de modo a evitar atrasos que podem trazer prejuízo adicional, ou, na verdade, um dano irreparável [...]”¹⁷⁷.

¹⁷³ Em 1991, a Finlândia ajuizou demanda perante a CIJ em face da Dinamarca referente a passagem através do Great Belt. O intuito do governo da Dinamarca era de construir uma via de comunicação tanto para a circulação rodoviária quanto para o tráfego ferroviário através dos canais oeste e leste do Great Belt. A realização desse projeto fecharia permanentemente o mar Báltico aos navios de 65 metros de altura, impedindo a passagem de plataformas de perfuração e petrolíferas construídas pela Finlândia. A Corte negou a indicação das medidas e afirmou que somente no mérito poderia avaliar o direito de passagem arguido pela Finlândia.

¹⁷⁴ ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 1991.

¹⁷⁵ Em dezembro de 2002, a República Democrática do Congo instituiu procedimentos contra a França alegando que o Estado francês, de acordo com o princípio da igualdade soberana dos Estados membros da ONU, exercer a sua autoridade em território de outro Estado, unilateralmente atribuindo jurisdição universal em matéria criminal e arrogando para si o poder de processar e condenar o Ministro de assuntos internos de um Estado estrangeiro por supostamente ter cometido crimes em conexão com as suas competências, bem como, violação do direito consuetudinário que concede imunidade ao Chefe de Estado estrangeiro. No pedido de medidas cautelares feito pelo Congo, este requereu a suspensão do processo de investigação do Ministério Público Francês. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2003.

¹⁷⁶ “[...]the two essential preconditions for the indication of a provisional measure, according to the Court's jurisprudence, namely urgency and irreparable prejudice.[...]”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2003, 106.

¹⁷⁷ “[...] Urgency thus relates to measures that ought to be promptly taken, in the context of a given situation, so as to avoid further delays which may bring

O conceito de urgência, portanto, não pode ser definido de maneira abstrata, mas sim no conteúdo do direito a ser preservado à luz das circunstâncias específicas de cada caso e ligado diretamente à possibilidade de dano irreparável.

2.1.2 Não agravamento da disputa

O dever das partes em evitar o risco de agravar uma disputa está cada vez mais presente na jurisprudência da Corte como condição para a adoção de medidas cautelares¹⁷⁸. No entanto, ao contrário do critério anterior, este é permeado por incertezas e ainda está sendo construído através dos casos ajuizados pelos Estados perante a Corte.

Apesar de não estar consolidado, o conceito de não agravamento de uma disputa não, é possível assegurar que se refere ao risco do comportamento das partes conduzir um agravamento ou extensão de uma controvérsia que está em juízo perante a Corte, em outras palavras, alteração do *status quo*¹⁷⁹ quando do ajuizamento da demanda.

A primeira adoção de medidas de não agravamento foi realizada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora a atual Corte, em 1939, referente ao caso “Companhia de Eletricidade de Sofia e caso Bulgária”. A ordem emitida à Bulgária foi de que esta “[...] deve garantir que nenhuma medida, de qualquer tipo, seja capaz de prejudicar os direitos reclamados pelo Governo Belga ou de circunstâncias agravantes ou que estendam a disputa submetida à Corte¹⁸⁰”.

Ao analisar a ordem, não é possível entender os motivos que levaram a Corte a adotar tais medidas, nem mesmo esta esclarece as razões que levaram a tal indicação¹⁸¹. A Corte Permanente ainda afirmou:

[...] Considerando a citação acima mencionada [...] aplica-se o princípio universalmente aceito pelos tribunais internacionais e da mesma forma estabelecido em muitas convenções que a

about additional prejudice, or, indeed, irreparable harm [...]”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge A. A. C. TRINDADE, 2009, p.49.

¹⁷⁸ PALCHETTI, 2008.

¹⁷⁹ PALCHETTI, 2008.

¹⁸⁰ “[...] should ensure that no step of any kind is taken capable of prejudicing the rights claimed by the Belgian Government or of aggravating or extending the dispute submitted to the Court”. CPJI, Series A/B, n.79, p. 199.

¹⁸¹ PALCHETTI, 2008.

Bulgária tem sido parte - no sentido de que as partes de um processo devem abster-se de qualquer medida suscetível de assegurar um prejudicial efeito no que diz respeito à execução da decisão a ser dada e, em geral, não permite qualquer passo de qualquer espécie seja tomado e que possa agravar ou estender a disputa¹⁸².

A interpretação do artigo 41 do Estatuto concede a possibilidade de adoção de medidas de não agravamento? O não agravamento da disputa pode ser interpretado como medidas recomendatórias que a Corte pode tomar para conduzir melhor o processo¹⁸³?

O fato de a CPJI ter levantando o argumento de que é um princípio universalmente aceito trouxe duas interpretações. A primeira refere-se a um poder inerente dos órgãos jurisdicionais adotarem medidas de não agravamento, e, a segunda interpretação, é a possibilidade de independência em relação aos requisitos necessários para adoção das medidas.

Frente a essas afirmações, surge o questionamento, “[...] medidas cautelares [...] adotadas para evitar o agravamento ou extensão de uma controvérsia é um poder separado (independente) ou um aspecto do poder principal destinado a preservar os direitos das partes?”¹⁸⁴.

Na disputa denominada “Plataforma Continental do Mar Egeu¹⁸⁵”, em 1976, foi arrazoada a questão se a indicação de medidas

¹⁸² “[...] Whereas the above quoted provision [...] applies the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions to which Bulgaria has been a party-to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute”. CPJI, Series A/B, n.79, p. 199.

¹⁸³ Artigo 48: “The Court shall make orders for the conduct of the case, shall decide the form and time in which each party must conclude its arguments, and make all arrangements connected with the taking of evidence”.

¹⁸⁴ “[...] provisional measures [...] taken which might aggravate or extend the dispute is this a separate power or is this aspect of the main power destined to preserve the rights of the parties?”. THIRLWAY, H.W.A. **The indication of provisional measures by the International Court of Justice**, 1994, p. 14

¹⁸⁵ Em 10 de Agosto de 1976, a Grécia ajuizou demanda perante a Corte em face da Turquia referente a Plataforma Continental do Mar Egeu. A Grécia requereu que a Corte declarasse qual seria o curso da fronteira entre as porções da plataforma pertencentes a cada um desses Estados, requereu, ainda, a

cautelares por parte da Corte poderia ser feita somente a fim de evitar o agravamento ou extensão da disputa, sendo, pois, um poder totalmente independente. No entanto, a Corte não achou relevante analisar esse ponto naquele momento, uma vez que no caso, segundo a interpretação da Corte, não havia risco de agravamento da disputa¹⁸⁶.

Passados dez anos, esse tema foi novamente motivo de questionamento pelas partes no caso “Disputas de Fronteiras¹⁸⁷”, Burkina Faso v. República do Mali. A solicitação para adoção de medidas de não agravamento foi feita por ambas as partes. A Câmara formada para resolver a controvérsia afirmou:

[...] Considerando-se que, independentemente dos pedidos apresentados pelas partes para a indicação das medidas provisórias, a Corte, ou, de acordo com a Câmara, possui por força do artigo 41 do Estatuto o poder de indicar medidas cautelares com vista a prevenir o agravamento ou a extensão de disputa sempre que considerar que as circunstâncias o exigirem¹⁸⁸;

declaração de que a Turquia não estava autorizada a nenhuma atividade de exploração, utilização, pesquisa ou qualquer outra forma na plataforma continental grega sem o consentimento do deste. ICJ Reports, Aegean Sea Continental Shelf, 1976.

¹⁸⁶“Whereas, independently of its request regarding the preservation of its rights, Greece requested the Court during the public sittings to indicate interim measures of protection in order to prevent the aggravation or extension of the dispute; whereas, before this request could be entertained the Court would have to determine whether, under Article 41 of the Statute, the Court has such an independent power to indicate interim measures having that object; whereas, however, for the reasons now to be explained, the Court does not find it necessary to examine this point;[...] Whereas, accordingly, it is not necessary for the Court to decide the question whether Article 41 of the Statute confers upon it the power to indicate interim measures of protection for the sole purpose of preventing the aggravation or extension of a dispute”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1976, §§36 e 42.

¹⁸⁷ Em 12 de maio de 2010, Burkina Faso e da República do Níger transmitiram ao Secretário da Corte um acordo especial que foi assinado por ambas as Partes em Niamey, em 24 de Fevereiro de 2009 e entrou em vigor em 20 de novembro de 2009. Por este instrumento ambos concordavam em submeter à Corte a disputa de fronteira entre eles ao longo uma seção de sua fronteira comum. ICJ Reports, Frontier Dispute, 1986.

¹⁸⁸“Considering that, independently of the requests submitted by the Parties for the indication of provisional measures, the Court or, accordingly the chamber

O argumento da Câmara também foi no sentido de que a Corte, como principal órgão judicial de solução de controvérsias, em conformidade com a Carta da ONU, tem o dever e o poder de indicar medidas de não agravamento justamente devido à obrigação da boa administração da Justiça¹⁸⁹.

A jurisprudência da Corte adotou o posicionamento da Câmara e em vários casos subsequentes seguiu exatamente o mesmo dispositivo legal¹⁹⁰. Claramente, a intenção da jurisprudência é destacar a importância de não agravar ou estender as disputas pendentes de decisão do mérito para manter o objeto da demanda¹⁹¹.

Segundo a interpretação dada por Thirlway, a independência da Corte, acima mencionada, em conceder medidas de não agravamento ou extensão da controvérsia, refere-se à discricionariedade em adotar medidas diversas das que foram solicitadas pelas partes ou agir *próprio motu*¹⁹².

Esse foi o posicionamento da Corte recentemente no “Pedido de Interpretação da Sentença de 15 de junho de 1962¹⁹³”, no processo

possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1986, p. 10§18.

¹⁸⁹ CIJ, 1986

¹⁹⁰ Vide: Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening): “Considering that, independently of the requests for the indication of provisional measures submitted by the Parties to preserve specific rights, the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1996, p. 22§41; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda): Whereas, independently of requests for the indication of provisional measures submitted by the parties to preserve specific rights, the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2000, p. 128 § 44.

¹⁹¹ PALCHETTI, 2008.

¹⁹² THIRLWAY, 1994, p. 14

¹⁹³ O Reino de Camboja entrou com um pedido, no dia 28 de abril de 2011, de interpretação do Julgamento de 15 de Junho de 1962 sobre o caso concernente ao Templo de Preah Vihear (Camboja v. Tailândia) de acordo com a previsão

relativo ao Templo de Preah Vihear, Camboja v. Tailândia. Tendo como base o artigo 75§1º das Regras, a Corte afirmou que, como o objetivo das medidas cautelares é preservar direitos específicos, independente do pedido das partes, possui o poder de indicar medidas de não agravamento ou extensão da disputa¹⁹⁴.

Além dessa interpretação, a Corte pode transmitir a ideia de que a independência não está ligada aos demais requisitos mencionados anteriormente, quais sejam, prejuízo irreparável e urgência, ou, não necessariamente busca somente proteger os direitos das partes, mas genericamente tudo que está envolvido na controvérsia¹⁹⁵.

Se o prejuízo de dano irreparável e urgência são considerados pela Corte as principais condições para a adoção das medidas cautelares, a dúvida que surge é compreender quais poderiam ser as circunstâncias que justificam a indicação das medidas de não agravamento não abrangidas por estes dois requisitos.

Primeiramente, o conceito de não agravamento pode incluir uma categoria mais abrangente de dano irreparável. Ainda que a conduta que originou o dano irreparável pode conduzir a um agravamento da disputa, o oposto não necessariamente é verdade,

[...] assim, a principal diferença entre medidas de não agravamento e outras medidas preventivas reside no fato de que apenas o último tipo de medida pressupõe a existência de uma necessidade urgente de evitar danos irreparáveis aos direitos em disputa, enquanto as medidas de

do Artigo 60 do Estatuto. O citado artigo prevê que em qualquer caso de controvérsia quanto à interpretação do sentido e do alcance de sentença da CIJ, caberá à própria Corte a interpretação, a pedido de qualquer uma das partes. ICJ *Reports*, Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in The Case Concerning The Temple Of Preah Vihear, 2011.

¹⁹⁴ CIJ, 2011. Nesse caso a Corte foi além e ordenou a criação de uma zona desmilitarizada, construída pela Corte e destacou que as medidas cautelares não se restringem ao pedido feito pelas partes. O então Presidente da Corte, Juiz Owada, em sua opinião dissidente, destacou que a criação da zona vai além das características das medidas cautelares como procedimento incidental a ação principal. Os Juizes Furthermore e Al-Khasawneh destacaram a desnecessária atitude da Corte para a proteção dos direitos e deixaram aberta a questão da possível arbitrariedade por parte da Corte. Sobre o assunto ver: RYLATT, Jake.

Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice. In: Leeds Journal of Law & Criminology. 2013, p. 45 ss.

¹⁹⁵PALCHETTI, 2008.

não agravamento estão relacionadas às ações que, por agravar a disputa, criam um risco mais geral de prejuízo dos direitos das partes¹⁹⁶.

O exemplo da controvérsia entre Burkina Faso v. República do Mali, “Disputa de Fronteiras”, acima mencionado, ao adotar as medidas, a Câmara afirmou que, em se tratando de uso da força, evidencia-se a necessidade de adoção de medidas de não agravamento, pois este instituto é contrário ao princípio da resolução pacífica dos conflitos internacionais¹⁹⁷.

Em outros casos envolvendo o uso da força, a Corte adotou o mesmo posicionamento¹⁹⁸. Todavia, isso não significa que somente nestes casos em que há o elemento do uso da força poderão ser

¹⁹⁶ “[...] *the main difference between non-aggravation measures and other preventive measures seems to lie in the fact that only the latter type of measure presupposes the existence of an urgent need to prevent irreparable harm to the rights in dispute, while non-aggravation measures are related to actions which, by aggravating the dispute, create a risk more generally of prejudice to the rights of the parties*”. PALCHETTI, P. **The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute**. 2008, p.628.

¹⁹⁷ “Whereas in particular, when two States jointly decide to have recourse to a chamber of the Court, the principal judicial organ of the United Nations, with a view to the peaceful settlement of a dispute. In accordance with Article 2, paragraph 3, and Article 33 of the Charter of the United Nations, and incidents subsequently occur which not merely are likely to extend or aggravate the dispute but comprise a resort to force which is irreconcilable with the principle of the peaceful settlement of international disputes, there can be no doubt of the Chamber's power and duty to indicate, if need be. Such provisional measures as may conduce to the due administration of justice”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1986, §19.

¹⁹⁸ Vide: Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), “[...] whereas armed actions within the territory in dispute could jeopardize the existence of evidence relevant to the present case; and whereas, from the elements of information available to it, the Court takes the view that there is a risk that events likely to aggravate or extend the dispute may occur again, thus rendering any settlement of that dispute more difficult”. ICJ Reports, Order Order Provisional Measures, 1996, §42 “Both Parties must, forthwith, prevent and refrain from any action, and in particular any armed action, which might prejudice the rights of the other Party in respect of whatever judgment the Court may render in the case, or which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2000, §47.

indicadas as medidas específicas para não agravamento de uma disputa¹⁹⁹.

A condição para adoção da tutela cautelar de não agravamento deve necessariamente estar relacionada aos direitos arguidos pelas partes na ação principal. Apesar das medidas de não agravamento não se restringirem somente a noção de prejuízo irreparável, a Corte deve se limitar a tutelar os direitos arguidos pelas partes na ação principal. Mesmo ao agir *próprio motu* e tutelar direitos não arrazoados na disputa, o posicionamento da Corte constituiria um pedido *ultra petita*²⁰⁰.

O fato de a proteção cautelar ser concedida em virtude da jurisdição incidental significa dizer que uma parte não possui o poder de requerer a tutela de direitos que não estejam ligados ao mérito da disputa. Mesmo em casos extremamente complexos como, por exemplo, a disputa relativa à “Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio”, citada anteriormente. A vinculação entre a medida de não agravamento indicada às partes com a demanda principal foi clara.

O Governo da República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) e o Governo da República da Bósnia e Herzegovina não devem tomar qualquer ação e garantir que nenhuma ação seja tomada para agravar ou estender a disputa existente sobre a prevenção ou punição do crime de genocídio, ou torná-la mais difícil sua solução²⁰¹.

¹⁹⁹Ver: Anglo-Iranian Oil case, Order Provisional measures; United Kingdom v. Iran, 1951, p. 93; Fisheries Jurisdiction, Order Provisional measures, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland. 1973, p. 12-17. Nuclear Tests, Order Provisional measures, Australia v. France, 1973, p. 99-106.

²⁰⁰PALCHETTI, 2008.

²⁰¹“*The Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) and the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina should not take any action and should ensure that no action is taken which may aggravate or extend the existing dispute over the prevention or punishment of the crime of genocide, or render it more difficult of solution*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1993, p. 24, §52 (a).

Conclui-se que, as medidas de não agravamento não se restringiram somente ao dano irreparável, neste caso em específico, o dano irreparável seria a perda de vidas humanas, mas o alcance está na concepção de genocídio, conforme objeto da demanda principal.

Concernente às medidas de não agravamento constituírem um poder independente, segundo a interpretação da jurisprudência da Corte, não foi possível verificar a autonomia deste poder como inerente. Na verdade, a noção de prejuízo irreparável e urgência são condições imprescindíveis para adoção da tutela cautelar, sendo assim, as medidas de não agravamento está condicionada a presença destes requisitos²⁰².

Ao interpretar que as medidas de não agravamento estão condicionadas a presença aos requisitos de prejuízo irreparável e urgência, verifica-se que estas não são apenas recomendações feitas pela Corte para melhor conduzir o processo, mas sim, medidas cautelares que geram obrigações aos Estados destinatários²⁰³.

Esta conclusão é reafirmada no julgamento do caso LaGrand, pois, a Corte não diferenciou entre medidas de não agravamento e medidas de preservação dos direitos, assegurando, assim, o caráter vinculativo destas, desde que, estejam presentes na parte dispositiva da ordem²⁰⁴.

Ao reconhecer o efeito vinculativo das medidas de não agravamento, inseriu-se uma nova dúvida em relação às ordens genéricas, ou também denominadas em branco emitidas pela Corte referentes à obrigação das partes de não agravar ou estender a disputa. As medidas foram denominadas clausulas padrão, justamente pela Corte não especificar, em muitos casos, quais as medidas as partem deveriam tomar²⁰⁵.

O posicionamento da Corte torna-se problemático na medida de como as partes o interpretam. Em determinadas circunstâncias, medidas de não agravamento podem gerar um Estado de incerteza entre as partes

²⁰² THIRLWAY, 1994.

²⁰³ PALCHETTI, 2008.

²⁰⁴ CIJ, 2001.

²⁰⁵ Vide: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Order Provisional Measures, 1993, p. 24; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Order Provisional Measures, 2008, p.399; Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (Cambodia v. Thailand), 2011, p. 555.

por não limitar o que estas podem ou não fazer, e, em último caso, ensinar a origem de uma nova controvérsia²⁰⁶. O ponto principal é como a Corte irá constatar se um Estado violou ou não as medidas ordenadas nestes casos e questionar a responsabilidade do Estado pela violação.

2.1.3 O *Fumus Boni Iuris*

Como foi possível constatar, as condições necessárias para a indicação de medidas cautelares estão relacionadas diretamente a proteção dos direitos pendente de decisão final.

Em decorrência desta conexão, a Corte, na indicação das medidas cautelares referente à disputa envolvendo Bélgica v. Senegal²⁰⁷, inseriu um novo requisito para adoção das medidas, a plausibilidade (plausibility, em inglês) também denominada pelos órgãos judiciários nacionais como *fumus boni iuris*.

[...] Considerando que deve ser, portanto, estabelecida uma ligação entre as medidas cautelares solicitadas e os direitos que são o objeto do procedimento perante a Corte sobre o mérito da disputa. [...] Considerando que o poder da Corte para indicar medidas cautelares deve ser exercida apenas se a Corte estiver satisfeita que os direitos reivindicados pela parte são, pelo menos, plausíveis²⁰⁸.

²⁰⁶ PALCHETTI, 2008.

²⁰⁷ Em 19 de fevereiro de 2009, a Bélgica apresentou, junto à Secretaria da Corte, pretensão instituindo processo contra o Senegal, em relação a uma disputa sobre “o cumprimento do Senegal com a sua obrigação de processar o Sr. Hissène Habré, ex-presidente da República do Chade, por atos, incluindo crimes de tortura e crimes contra a humanidade que a ele são imputados na condição de autor, co-autor ou cúmplice, ou de extraditá-lo para a Bélgica para efeitos de procedimentos penais”. ICJ *Reports*, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, 2012.

²⁰⁸ “Whereas a link must therefore be established between the provisional measures requested and the rights which are the subject of the proceedings before the Court as to the merits of the case; [...] Whereas the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible”. ICJ *Reports*, Order Provisional Measures, 2009, p. 16§§ 56, 57.

Por plausibilidade se entende a necessidade de constatar, *prima facie*, que os direitos pleiteados existem, no sentido de evitar que sejam adotadas medidas cautelares para proteger situações jurídicas absolutamente infundadas²⁰⁹. O problema é que a Corte ainda não definiu exatamente o conceito de plausibilidade.

O objetivo, portanto, é compreender até que ponto a Corte, ao analisar o requisito do *fumus boni iuris*, não considera questões concernente ao mérito em sede da tutela cautelar e acaba antecipando o julgamento do mérito ao indicar medidas cautelares que tenham passado pelo requisito da plausibilidade. Ao mesmo tempo, como as partes poderão arrazoar novos argumentos que não prejudicarão a decisão final²¹⁰.

Apesar de somente em 2009 a Corte evidenciar essa nova condição, de modo indireto, este requisito aparece na jurisprudência da Corte há certo tempo. Em específico, o Juiz Shahabuddeen, em opinião separada, referente à disputa “Passagem através do Great Belt” insistiu, de modo particular, sobre a necessidade de analisar a presença do *fumus boni iuris* como condição indispensável.

O fundamento que o Juiz Shahabuddeen utilizou para justificar a necessidade da presença do *fumus boni iuris* foi um trecho da opinião dissidente do antigo Juiz Dionísio Anzilotti, ainda na Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso envolvendo a Alemanha v. Polônia. Segundo a opinião de Anzilotti,

[...] se a *summaria, cognitio* que é característica de um procedimento deste tipo nos permitiu levar em consideração a possibilidade de o direito invocado pelo Governo alemão, e a possibilidade de o perigo a que esse direito foi exposto, eu deveria achar difícil imaginar qualquer pedido de indicação de medidas cautelar mais justo, mais oportuno ou mais adequado do que o que estamos considerando [...] ²¹¹.

²⁰⁹ GAETA, 2000.

²¹⁰ GAETA, 2000.

²¹¹ “[...] if the *summaria cognitio*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the possibility of the right claimed by the German Government, and the possibility of the danger to which that right was exposed, I should find it difficult to imagine any request for the indication of interim measures more just, more opportune or more appropriate than the one

Segundo a interpretação de Shahabuddeen, o problema é que a Corte está aberta a ordenar medidas cautelares impedindo um Estado de fazer o que ele afirma ter o direito de fazer sem ter ouvido em defesa desse direito, ou, sem ter requerido ao Estado Autor das medidas demonstrar que, minimamente, existe a possibilidade desse direito existir para que possa ser preservado pela tutela cautelar²¹².

Segundo o juiz, a Corte nunca havia se pronunciado sobre o assunto, o debate era apenas doutrinário. “[...] É necessário ter em mente que o que a Corte está considerando não é se o direito que busca ser preservado definitivamente existe, mas se o Estado Autor tenha apresentado qualquer possibilidade de sua existência²¹³”.

O pressuposto do procedimento incidental implica a conexão entre o direito invocado em sede da tutela cautelar e o objeto da demanda principal, isso significa afirmar que, uma medida cautelar somente pode ser adotada em relação aos direitos que constituem o objeto da demanda principal já ajuizada perante a Corte.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os requisitos para adoção das medidas cautelares também estão interligados. Enquanto a prevenção de dano irreparável busca preservar o direito das partes, o *fumus boni iuris* tem por objeto constatar se esse direito que busca ser protegido minimamente existe²¹⁴.

Nesse sentido, o Juiz Abraham, em 2006, opinião dissidente no caso “Papeleiras”, destacou que, o fato da Corte indicar medidas cautelares sem demonstrar alguma base sobre a existência do direito que a parte requer tutela é extremamente delicado, principalmente pelo fato da natureza consensual da jurisdição da Corte, bem como, pelo seu caráter excepcional.

Outro agravante diz respeito à obrigatoriedade das medidas cautelares e como a Corte lida (ou não) com o não cumprimento de uma obrigação por parte dos Estados.

which we are considering.[...]CPJI, Reforma Agrária Polonesa, (Alemanha v. Polónia), 1933, Publications, Series A/B, No. 58, p.181.

²¹² ICJ, Dissenting Opinion Judge Shahabuddeen, 1990, p. 30.

²¹³ “[...] it has to be borne in mind that what the Court is considering is not whether the right sought to be preserved definitely exists, but whether the requesting State has shown any possibility of its existence”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Shahabuddeen, 1990, p. 30.

²¹⁴ MAROTTI, 2014.

[...] É agora claro que a Corte não sugere: ela ordena. No entanto, este é o ponto crucial, não pode ordenar a um Estado para conduzir-se de uma certa maneira simplesmente porque outro Estado afirma que tal conduta é necessária para preservar os seus próprios direitos, a não ser que a Corte realizou alguma revisão mínima para determinar se o direitos reivindicados realmente existem e se estão em perigo de serem violados - e irremediavelmente assim - na ausência das medidas cautelares, a Corte foi questionada a adota-las, a menos que a Corte tenha dado um pouco sobre o mérito do caso²¹⁵.

De acordo com a opinião dissidente do Juiz, para a Corte adotar medidas cautelares devem necessariamente estar presente as seguintes condições: “[...] um caso plausível para a existência do direito; que a conduta possa causar risco de prejuízo irreparável e que as circunstâncias demonstrem-se urgentes [...]”²¹⁶.

A opinião dissidente do juiz Bennouna, no mesmo caso, novamente questiona a necessidade da Corte posicionar-se acerca da existência *prima facie* dos direitos que a Argentina deseja preservar, pois, conforme destacou o juiz Shahabudeen, este ponto permanece em aberto e a Corte não o analisou novamente²¹⁷.

O posicionamento da Corte ocorreu somente em 2011 na controvérsia “Certas atividades realizadas pela Nicarágua na

²¹⁵ “[...] *It is now clear that the Court does not suggest: it orders. Yet, and this is the crucial point, it cannot order a State to conduct itself in a certain way simply because another State claims that such conduct is necessary to preserve its own rights, unless the Court has carried out some minimum review to determine whether the rights thus claimed actually exist and whether they are in danger of being violated — and irreparably so — in the absence of the provisional measures the Court has been asked to prescribe: thus, unless the Court has given some thought to the merits of the case*”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abraham, 2006, p. 140.

²¹⁶ “[...] *that there is a plausible case for the existence of the right; to cause imminent injury to the right; that the circumstances of the case are such that urgency [...]*”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abraham, 2006, p. 141.

²¹⁷ Sobre a necessidade da condição do *fumus boni iuris* par adoção de medidas cautelares manifestaram-se os advogados: Luigi Condorelli e Alain Pellet, ambos no caso Argentina v. Uruguai. Ver também, GAETA, Paola, 2000, p. 90.

Fronteira²¹⁸”. Neste caso em específico, a CIJ criou um novo subtítulo na parte dispositiva da ordem denominado: “Caráter plausível dos direitos cuja proteção está sendo procurada e ligação destes direitos e as medidas solicitadas²¹⁹” e afirmou: “Considerando, ademais, deve existir uma vinculação entre os direitos que constituem o objeto do processo perante a Corte sobre o mérito do caso e as medidas cautelares que estão sendo procuradas²²⁰”.

Essa passagem demonstra claramente a característica instrumental que a tutela cautelar possui em relação ao processo principal, ao mesmo tempo em que se analisa o teor ou consistência dos direitos arrazoados pela parte²²¹.

Interessante é analisar o caráter unilateral da verificação atinente os *fumus boni iuris* do direito, pois a Corte afirma que “[...] só precisa decidir se os direitos reivindicados pelo requerente sobre o mérito, e para o qual está em busca de proteção, são plausíveis [...]”²²², uma vez que os direitos da outra parte serão analisados somente na decisão do mérito.

Outro ponto interessante é a maneira como a Corte traz a condição do *fumus boni iuris* para a adoção da tutela cautelar. Se no caso *Bélgica v. Senegal* a Corte afirmou que deve verificar a existência de uma ligação entre os direitos das medidas cautelares e da ação

²¹⁸Em 18 de novembro de 2010, a República da Costa Rica instaurou requerimento contra a República da Nicarágua, por ter esta supostamente ocupado, com forças armadas, em duas ocasiões diferentes, seu território, por razões que dizem respeito à construção de um canal desde o Rio San Juan à Laguna Los Portillos e outras obras relacionadas à dragagem do Rio San Juan. Tais violações teriam acontecido aproximadamente nos dias 18 de outubro de 2010 e 01 de novembro de 2010. ICJ Reports, Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area, 2010.

²¹⁹“*Plausible Character of the Rights Whose Protection Is Being Sought and Link between These Rights. And the Measures Requested*”. ICJ Reports, Orders Provisional Measures, 2011, p. 16.

²²⁰“*Whereas, moreover, a link must exist between the rights which form the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case and the provisional measures being sought*”. ICJ Reports, Order provisional Measures, 2011, p. 16 §54.

²²¹MAROTTI, 2014.

²²²“*[...] needs only to decide whether the rights claimed by the Applicant on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible [...]*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2011, p.17§57.

principal e não esclarece quais os requisitos necessários para constar esta afirmação, em 2011, no entanto, a Corte concede maior visibilidade ao papel desenvolvido por este requisito.

É possível analisar melhor esse último ponto na adoção de medidas cautelares pela Corte no “Pedido de Interpretação da Sentença de 15 de junho de 1962”, no processo relativo ao Templo de Preah Vihear (Camboja v. Tailândia). O Estado do Camboja afirmou:

[...] considerando que, no procedimento nos termos do artigo 60 do Estatuto, supõe que deve haver uma conexão entre as medidas cautelares solicitadas por uma parte e os direitos alegados que derivam do julgamento em questão, à luz da interpretação que será dada no julgamento. [...] Considerado que Camboja alega que, a fim de demonstrar o caráter plausível dos direitos que alega no pedido para interpretação e que está tentando proteger – ou seja, o direito de respeitar a sua soberania na área do Templo de Vihear, e, mais geral, o seu direito a integridade territorial – é suficiente para estabelecer que a existência desses direitos podem razoavelmente ser argumentados; e, considerando, que o Camboja afirma que esses direitos são plausíveis em vários aspectos, e em particular porque eles são determinados pelo julgamento com força vinculativa pela Corte²²³.”

²²³ “[...]whereas, in proceedings under Article 60 of the Statute, this supposes that there is a link between the provisional measures requested by a party and the rights which it claims to derive from the judgment in question, in the light of the interpretation it gives to that judgment. [...] Whereas Cambodia contends that, in order to demonstrate the plausible character of the rights which it alleges in the request for interpretation and which it is seeking to protect - namely, the right to respect for its sovereignty in the area of the Temple of Vihear and, more generally its right to territorial integrity - it is sufficient for it to establish that the existence of these rights may reasonably be argued; and whereas Cambodia points out that these rights are plausible in a number of respects, and in particular because they were determined with binding force by a judgment of the Court”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2011, p.12 §§ 34 e 35.

Na disputa entre Timor Leste v. Austrália, “Questões relativas à apreensão e detenção de certos dados e documentos²²⁴”, novamente é possível perceber a mudança do posicionamento da Corte. Como fundamento ao requisito do *fumus boni iuris* aos argumentos apresentados pelo do Timor Leste, a Corte baseou-se do artigo 2 §1º da Carta das Nações Unidas referente à igualdade soberana dos Estados. No parágrafo 28 da ordem de medidas, a Corte considerou

[...] que pelo menos alguns dos direitos a que Timor-Leste busca proteção - ou seja, o direito de realizar procedimentos de arbitragem ou negociações sem interferência da Austrália, incluindo o direito de confidencialidade e da não-interferência nas comunicações com seus assessores jurídicos - são plausíveis²²⁵.”

É possível perceber que a Corte restringiu-se a análise do pedido específico de medidas cautelares feito pelo Timor-Leste a fim de evitar uma possível antecipação do julgamento final, tutelando especificamente o conteúdo que o Estado buscava proteção, mas sem comprometer o mérito da disputa.

²²⁴ Por petição apresentada na Secretaria em 17 de Dezembro de 2013, Timor-Leste instaurou um processo contra a Austrália em relação a uma disputa relativa à apreensão, e subsequente detenção, por "agentes da Austrália de documentos, em 3 de Dezembro de 2013, de dados e outros bens que pertence a Timor-Leste e / ou que Timor-Leste tem o direito de proteger sob a lei internacional ". Em particular, Timor-Leste afirma que esses itens foram retirados dos estabelecimentos comerciais de um assessor jurídico de Timor-Leste em Narrabundah, no Território da Capital Australiana, alegadamente com base num mandado emitido nos termos do artigo 25 da Lei de Organização de Inteligência de Segurança da Austrália 1979. O material apreendido, de acordo com Timor-Leste, inclui, entre outros, documentos, dados e correspondência entre Timor-Leste e os seus consultores jurídicos relativos a uma arbitragem pendente sob o Tratado do Mar de Timor, de 20 de Maio de 2002 entre Timor-Leste e da Austrália (doravante denominada "Mar de Timor Tratado de Arbitragem"). ICJ Reports, Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data, 2014.

²²⁵ “[...] that at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection — namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers — are plausible”. ICJ Reports, , 2014, p. 7 §28.

A partir do caso *Bélgica v. Senegal* várias opiniões individuais foram anexadas às ordens de medidas cautelares nas disputas subsequentes, a maioria, tecendo críticas ao posicionamento da Corte no que concerne ao requisito do *fumus boni iuris*. Particularmente, destacam-se as críticas perpetradas pelos Juizes Koroma e Sepulveda-Amor no caso *Costa Rica v. Nicarágua*.

O juiz Koroma afirmou que o critério da plausibilidade criou ambiguidades e incertezas, pois a Corte não esclarece se a razão refere-se a direitos, fatos ou ambos. Em outras palavras, não está claro se a parte deve mostrar que os argumentos jurídicos são plausíveis ou se factualmente é possível constatar a plausibilidade. Segundo interpretação do juiz, o *standard* resume-se em à parte demonstrar que os seus direitos estão ameaçados. A Corte simplesmente introduziu um novo critério não estabelecendo padrão, introdução, explicação ou justificação²²⁶.

Segundo a interpretação do juiz, os requisitos para a adoção das medidas cautelares são quatro: jurisdição *prima facie*, ligação entre os supostos direitos que o Estado autor visa proteger e o objeto do procedimento perante o mérito, prejuízo irreparável e urgência²²⁷. A ligação entre os supostos direitos que o Estado autor visa proteger e o objeto da ação principal deve estar presentes em decorrência da característica incidental do procedimento, mas não significa plausibilidade²²⁸.

Nesse mesmo sentido é posição do juiz Sepulveda-Amor. O juiz questiona se não seria suficiente demonstrar que os direitos que a parte requer tutela não apareçam inexistentes, ou seja, o fato de não serem inexistentes, significa que provavelmente ou possivelmente tais direitos existam (*fumus non mali iuris*).

[...] As respostas são suscetíveis de ter implicações diretas sobre como pedidos de medidas cautelares que serão pleiteados no futuro e sobre o grau que a Corte considera o mérito do caso no curso do processo incidental de medidas cautelares. [...] uma maior definição é necessária para assegurar que a análise do mérito permanece

²²⁶ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abdul Koroma, 2011.

²²⁷ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abdul Koroma, 2011.

²²⁸ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abdul Koroma, 2011.

dentro dos estritos limites exigidos pelo processo previsto no artigo 41 do Estatuto²²⁹.

O juiz Greenwood, no caso Timor Leste v. Austrália, criticou a análise unilateral da condição do *fumus boni iuris* realizada pela Corte. Segundo o juiz,

[...] está claro que o direito da Austrália exercer a sua jurisdição criminal e seus direitos para proteger a segurança de seus funcionários devem ser considerados como plausíveis. Ao decidir quais medidas cautelares ordenar, a Corte deve considerar a plausibilidade do direito de ambas as partes no caso²³⁰.

A opinião do Juiz Abraham, no caso “Papeleiras” também criticou o posicionamento da Corte. Segundo a interpretação do juiz, a Corte, na ordem de medidas cautelares, está necessariamente confrontando supostos direitos conflitantes reivindicados por ambas as partes e não pode evitar o peso que um possui contra o outro²³¹.

A preocupação do Juiz Sepúlveda-Amor, em sua opinião dissidente, destaca que a análise do mérito deve permanecer dentro dos limites devido à natureza, primeiramente, provisória das medidas cautelares e, também, porque este instrumento não se destina a uma antecipação do julgamento do mérito²³². Mencionou, ainda, que este

²²⁹ “The answers are likely to have direct implications on how Requests for provisional measures will be pleaded in the future and on the degree to which the Court considers the merits of the case in the course of the incidental proceedings on interim protection.[...] greater definition is required in order to ensure that consideration of the merits remains within the strict limits called for in proceedings under Article 41 of the Statute”. ICJ Reports, , , Dissenting Opinion Judge Bernardo Sepúlveda-Amor, 2011, p. 38 §§13-16.

²³⁰ “[...] it is clear that the right of Australia to exercise its criminal jurisdiction and its right to protect the safety of its officials must also be regarded as plausible. In deciding what provisional measures to order, the Court should have regard to the plausible rights of both parties in a case”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge, 2014, §28.

²³¹ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abraham, 2006.

²³² ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Bernardo Sepúlveda-Amor, 2011.

posicionamento advém ainda da Corte Permanente de Justiça Internacional²³³.

Esse mesmo posicionamento também é adotado pela atual Corte como é possível ver através da sua jurisprudência. Um caso emblemático que demonstra essa dualidade refere-se à controvérsia entre EUA e Irã, “Refêns diplomáticos e consulares em Teerã²³⁴”, em 1979.

O objeto das medidas indicadas pela Corte obrigou o Estado do Irã a assegurar e restituir a posse da Embaixada aos Estados Unidos, garantir a sua inviolabilidade, proteção eficaz conforme direito internacional, bem como, a libertação imediata de todos os embaixadores e cónsules feitos refêns na embaixada²³⁵.

Ao analisar a pretensão ajuizada pelos EUA e a adoção das medidas cautelares, é possível constatar que a linha argumentativa entre os direitos tutelados nas medias e o pedido principal é símile, porém, a Corte afirmou

[...] que um pedido de medidas cautelares deve, por sua própria natureza, se relacionar com o mérito da causa, uma vez que, como o artigo 41 dispõe expressamente, o seu objetivo é preservar os direitos de cada parte; e que, no presente caso, a finalidade do pedido Estados Unidos parece não ser a obtenção de um julgamento, provisório ou definitivo, sobre o mérito de suas reivindicações, mas para preservar a essência dos direitos que

²³³ Na disputa denominada Fábrica de Chorzow, Governo da Alemanha v. Governo da Polônia, ao negar a adoção das medidas cautelares a Corte destacou que, [...]Considerando que o pedido do Governo Alemão não pode ser considerado como relacionado à indicação de medidas cautelares, mas designado a obter uma decisão antecipatória em favor da parte que formulou o pedido na inicial acima mencionada [...].CPJI, *Factory at Chorzów*, 1928, *Publications*, Series A, No. 17.

²³⁴ O processo foi ajuizado pelos Estados Unidos em face do Irã, em 29 de novembro de 1979, em virtude da situação da Embaixada estadunidense em Teerã, pois membros da diplomacia e do consulado foram presos e mantidos refêns em conjunto com dois cidadãos estadunidenses. *ICJ Reports*, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 1979.

²³⁵ CIJ, 1979.

alega, pendente lide; do caso apresentado para isso²³⁶.

Tendo em vista que as medidas cautelares, de acordo com o Estatuto e o Regulamento da Corte, possuem o caráter, como dito anteriormente, provisório e incidental em relação ao processo principal, a natureza do procedimento cautelar é sempre instrumental, não pode este antecipar a decisão final.²³⁷

Ao mesmo tempo em que, os direitos reivindicados na tutela cautelar devem possuir ligação com a ação principal, a jurisprudência da Corte destaca a clausula de não prejuízo.

Esta clausula afirma que a adoção das medidas em nada prejudica a análise do mérito e os argumentos arguidos pelas partes à Corte. Esta clausula foi adotada a partir do caso “Jurisdição da Pesca” e permanece sendo utilizada em caráter idêntico²³⁸. Sem dúvidas, a adoção pela jurisprudência desta clausula reafirma o papel conservativo da tutela cautelar.

Apesar das opiniões dissidentes de alguns juízes em relação à ausência de um *standard* sobre a condição da plausibilidade, pode-se concluir que as críticas não negam a necessidade deste requisito, apenas demonstram que a Corte deve estabelecer critérios claros para que as partes ao justificarem o pedido de tutela cautelar saibam o que devem arrazoar para garantir a presença deste.

Em relação ao argumento de juiz Sepulveda-amor sobre a constatação do *fumus non mali iuris*, a jurisprudência da Corte tem tendência a adotar a verificação do *fumus boni iuris*, ou seja, a

²³⁶ “[...]whereas, however, the circumstances of that case were entirely different from those of the present one, and the request there sought to obtain from the Court a final judgment on part of a claim for a sum of money; whereas, moreover, a request for provisional measures must by its very nature relate to the substance of the case since, as Article 41 expressly states, their object is to preserve the respective rights of either party ; and whereas in the present case the purpose of the United States request appears to be not to obtain a judgment, interim or final, on the merits of its claims but to preserve the substance of the rights which it claims *pendente lite* ;of the case submitted to it”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1979, p. 7§28.

²³⁷ STUZKI, 1981.

²³⁸ Sobre esse ponto ver: Aplicação da Convenção para a Repressão e Prevenção de Genocídio (Bósnia e Herzegovina c. Jugoslávia (Sérvia e Montenegro), CIJ, ordem de 1993; Fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria, CIJ, ordem de 1996; Atividades armadas no Congo, ordem de 2000.

constatação da existência do direito *prima facie*. Porém, em situações de extrema urgência em que se verifica o *periculum in mora*, não impede que a Corte sobreponha o bem tutelado frente a uma análise menos rigorosa²³⁹.

A relevância da Corte inserir esta nova condição refere-se ao efeito vinculante concedido pela Corte a partir do caso “LaGrand”, em 2001. Se antes as medidas eram recomendações aos Estados, hoje o não cumprimento destas penaliza o Estado a uma violação do Direito Internacional.

Do exposto acima, algumas conclusões podem ser extraídas. De um lado, é o caráter complexo do instituto da tutela cautelar ao compreender todos os requisitos necessários. Por outro lado, como a Corte tem instituído mecanismos para lidar com a dualidade soberania *versus* eficácia nas disputas ajuizadas pelos Estados, principalmente após 2001.

Em virtude do efeito vinculativo das medidas cautelares, não restam dúvidas que a Corte tornou-se ainda mais cautelosa ao tratar de delinear o âmbito de aplicação das medidas.

Se antes de 2001, os critérios de prejuízo irreparável e urgência detinham uma determinada aplicação relativa à excepcionalidade e instrumentalidade da adoção da tutelar cautelar, atualmente, as medidas são adotadas somente a partir do critério quase total de que a Corte poderá resolver o mérito da demanda e garantir que os Estados mantenham intacta a sua soberania, eximindo-se de responsabilidades que posteriormente podem ser infundadas.

Segundo o Juiz *ad hoc*, Dugard, em opinião separada no caso Costa Rica v. Nicarágua, “[...] Seria injusto sujeitar o Estado Réu a uma ordem juridicamente vinculativa de medidas cautelares se o Estado requerente se limitou a afirmar um direito sem demonstrar a base *prima facie* que tinha alguma perspectiva de sucesso sobre o mérito²⁴⁰”.

O posicionamento do Juiz Abraham, em 2006, em sede da ordem das medidas cautelares entre a Argentina e o Uruguai, destacou que, de um lado estão os direitos que o Estado Autor alega estarem ameaçados e por isso busca a proteção cautelar, por outro, os direitos do Estado Réu

²³⁹ GAETA, 2000.

²⁴⁰ “[...] *It would be unjust to subject a respondent State to a legally binding order for provisional measures if the applicant State had merely asserted a right, without showing on a prima facie basis that it had some prospect of succeeding on the merits*”. ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge John Dugard, 2011, p. 62,§4º.

que consistem em um mínimo de toda entidade soberana de agir conforme sua determinação desde que não violem normas de direito internacional²⁴¹.

Ademais, o pedido do Estado Autor requer que a parte contrária se abstenha temporariamente de uma ação ou de tomar determinada atitude, a Corte, ao ordenar as medidas, invade direitos soberanos, circunscrevendo seu exercício. O problema não está em um órgão judicial impor uma obrigação específica, mas sim que a obrigação deve se assentar em um fundamento jurídico sólido.

A introdução da condição do *fumus boni iuris* pode ser positiva para a Corte, conforme destaca Rylatt²⁴², pois esta abordagem exigiria maior limitação, proporcionando menor incursão na soberania do Estado e uma solução desejável para incentivar o cumprimento das medidas cautelares por parte dos Estados. Ao mesmo tempo, o autor também destaca que a Corte deve estabelecer critérios claros, dando segurança e esclarecimento às partes, incentivando-as buscarem a tutela cautelar.

2.2 EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Há pouco mais de uma década, a doutrina discutia se as medidas cautelares ordenadas pela Corte Internacional de Justiça teriam ou não efeito vinculante. Esse debate era fomentado em virtude da diferença de interpretação entre os dois idiomas oficiais utilizados pela Corte referente ao artigo 41 do Estatuto²⁴³. Em 2001, a Corte, finalmente, se posicionou, afirmando,

[...] Ao falhar em tomar todas as medidas a sua disposição para assegurar que Walter LaGrand não fosse executado enquanto aguardava decisão

²⁴¹ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Abraham, Pulp Mills on the River Uruguay, 2006.

²⁴² Rylatt, Jake William, Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency (September 2013). **Leeds Journal of Law and Criminology** 45p.

²⁴³ Artigo 41.1 na versão inglesa: The Court **shall have** the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. Enquanto a versão francesa: La Cour a **lepouvoir d'indiquer**, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires dudoit de chacundoivent être prises à titre provisoire.

final da Corte Internacional de Justiça no caso, os Estados Unidos da América violaram a obrigação incumbida em virtude da ordem de indicação de medidas cautelares emitidas pela Corte em 3 de março de 1999²⁴⁴.

Uma vez reconhecido o efeito vinculante das medidas cautelares, o problema que vem sendo enfrentando concerne ao efeito dessas medidas no campo da responsabilidade internacional em violar as ordens. Mas mais do que isso, como a Corte analisa se um Estado violou ou não uma medida cautelar. Somente no julgamento do mérito? É possível obrigar o Estado a pagar indenização compensatória, seja ela simbólica ou não, pelo ato ilícito cometido. Como a Corte deveria reagir?

O objetivo deste item não é trazer uma resposta objetiva, mas sim levantar vários questionamento e debates doutrinários sobre o tema.

2.2.1 Responsabilidade dos Estados por violar medidas cautelares

Ao decidir que as medidas cautelares possuem efeito vinculante, imediatamente é possível questionar sobre o problema de jurisdição. Ao adotar uma medida cautelar, a Corte pode entender posteriormente que não havia jurisdição sobre a controvérsia ou o pedido era inadmissível, no entanto, o Estado está internacionalmente obrigado por uma medida que a Corte descobriu não ser competente para dirimir. Qual seria a postura da Corte diante desta situação?

O que é importante destacar ao tratar dos efeitos das medidas cautelares é que o direito internacional não é um sistema de adjudicação compulsória e muito menos centrado na ideia de executar as decisões dos diversos tribunais internacionais²⁴⁵.

Partindo dessa afirmação, a doutrina internacional sobre responsabilidade dos Estados por violar medidas cautelares se dividem em duas posições. A primeira refere-se à aplicação clássica da responsabilidade estatal e a outra, defendida atualmente pelo atual Juiz

²⁴⁴ “[...] by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice in the case, the United States of America breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 3 March 1999”. ICJ Reports, Judgment, 2001, §92 e 116.

²⁴⁵ SHAW, 2003.

da Corte, Cançado Trindade, refere-se ao regime autônomo destas medidas.

Ao contrário dos sistemas internos em que os tribunais possuem meios para garantir a execução cautelar, no âmbito da CIJ, não existe nenhuma previsão na Carta da ONU, no Estatuto ou no Regulamento que presuma a possibilidade desta impor sanções, sejam elas processuais ou indenizatórias²⁴⁶.

Conforme prevê o artigo 53 do Estatuto, mesmo quando uma das partes não comparecer ao processo, a Corte não pode decidir sem basear-se em argumentos de fato e de direito, portanto, seria inviável esta afastar uma alegação ou julgar um caso à revelia²⁴⁷.

O mesmo serve para sanções indenizatórias, não existe internacionalmente algo equivalente aos “danos morais” no âmbito interno por não respeitar medidas cautelares²⁴⁸. Espera-se que os Estados cumpram as medidas, assim como os julgamentos da Corte, mas sem aguardar uma sanção obrigando o seu cumprimento.

Conforme a teoria desenvolvida por Mendelson, no artigo “Responsabilidade do Estado por violação das ordens de medidas cautelares da Corte Internacional de Justiça²⁴⁹” deve-se partir do pressuposto que a responsabilização por violação de uma ordem de tutela cautelar não significa que este seja o principal objetivo das medidas, ao contrário, a finalidade é preservar direitos que podem estar em perigo ou iminência deste para evitar a escalada do conflito. O fim é preventivo, não restitutivo.

Outra distinção importante que o autor traz concerne à distinção entre interesse público e privado na ordem das medidas. O interesse público é de que existe uma lei estabelecida pelo tribunal, ou neste caso pela Corte. O que isso significa; normalmente na ordem das medidas, a CIJ destaca que as ordens são provisórias, sem prejuízo do mérito, que nenhuma das partes pode tomar atitudes que agravem ou estendam a disputa e que o uso da força deve ser evitado. Qualquer violação por

²⁴⁶ MENDELSON, 2005.

²⁴⁷ Art. 53§1º. Whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the other party may call upon the Court to decide in favour of its claim.

²⁴⁸ MENDELSON, 2005.

²⁴⁹ MENDELSON, Maurice. State Responsibility for Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice. In: FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan. **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**. Canadá: Hart Published, 2004. p. 35-53.

uma das partes dessas medidas viola o interesse público. Já o interesse privado está ligado a consequências que o Estado autor do pedido das medidas sofreu em virtude da violação destas²⁵⁰.

Em muitos casos, a violação da ordem de medidas cautelares podem não fazer nenhuma diferença no julgamento final, ou seja, a Corte chegou ao mesmo resultado sem considerar a ordem emanada, portanto, do ponto de vista do interesse público, a parte que violou as medidas cautelares e não teve sucesso no mérito não ficou pior por ter desobedecido à medida cautelar, da mesma maneira que não tivesse sido emanada²⁵¹.

A questão torna-se problemática quando uma das partes viola a medida cautelar de não uso da força. Nesse caso, segundo Mendelson, não se trata de uma responsabilidade por violar as medidas, mas sim uso ilícito da força, lei geral, e depende da parte comprovar a jurisdição da Corte ao realizar um pedido de reconvenção, porém, esse posicionamento não é muito claro, pois o que se questiona é: que diferença fez que uma medida cautelar foi desrespeitada?

O problema é ainda maior quando a parte que violou a medida cautelar não possui sucesso no mérito. Em outras palavras, o Estado destinatário da tutela cautelar, nesse caso pode ser o Estado Autor, desrespeitou a ordem de não invadir o território que estava pendente de julgamento final, o Estado além de invadir o território matou vários civis e causou inúmeros danos aos moradores.

²⁵⁰ MENDELSON, 2005.

²⁵¹ Sobre essa possibilidade Mendelson cita como exemplo: “[...]The State alleging that there has been a breach of an order of interim measures is also the successful claimant in the action on the merits. Let us suppose, further, that the case concerns sovereignty over an island and that, notwithstanding an order by the Court to maintain the *status quo*, the respondent State has built tourist hotels on the island. In that case, it might be thought, a judgment on the merits and an order to the respondent to withdraw from the island is remedy enough: the respondent has built the hotels at its peril, and has duly suffered financially through its non-compliance with the interlocutory order. But is the matter indeed so simple? The result would have been the same even if there had been no order for interim measures, or if there had been an order, but the Court had previously held that such measures are *not* binding. From the claimant’s point of view, this may not matter: it has got its island, and some hotels besides. But from the standpoint of the public interest, the respondent is no worse off for having disobeyed the Court’s order than if there had been no order. *In: MENDELSON, Maurice. State Responsibility for Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice.*, 2005, p. 43-44.

No julgamento final, a Corte afirma que quem detém a soberania é o Estado Réu, que não foi o destinatário das medidas. Nesse caso, a Corte pode impor que o Estado autor repare os danos causados? Ainda no mesmo exemplo, porém, ao analisar o mérito, a Corte descobre que não é competente para lidar com a controvérsia. Poderia mesmo assim afirmar que o Estado autor cometeu um ilícito internacional? Poderia ser responsabilizado? Em caso afirmativo, como incidiria a responsabilidade sem este ter manifestado o consentimento para a Corte?

“Nesse contexto, a questão é saber se a Corte tem jurisdição para conceder medidas cautelares antes de ter estabelecido de maneira definitiva se tem jurisdição no mérito [...]”²⁵². A Corte tem repetido que não precisa estabelecer a jurisdição no mérito antes de indicar medidas cautelares. Partindo desse pressuposto, é possível afirmar que a Corte pode responsabilizar o Estado, no julgamento final, mesmo que não possua jurisdição?

Caso o posicionamento da Corte seja de não responsabilizar o Estado que violou as medidas por ausência de jurisdição no julgamento final, legítima a violação por parte do Estado, pois sabe que não terá nenhuma consequência a sua conduta violadora.

A interpretação feita por Mendelson é de que a Corte não deseja enfrentar esse problema tão cedo. O fato de ter declarado as medidas cautelares como vinculantes já foi um grande passo, as consequências que o efeito vinculante trouxe já é outro problema. “[...] Em outras palavras, a ordem era apenas ‘uma espécie’ de vinculante”²⁵³.

Mutatis mutandis, ocorre o mesmo problema em relação à possibilidade da Corte compensar a parte que não teve sucesso no mérito, no entanto, sofreu danos pela violação das medidas pela outra parte.

De acordo com o artigo 75 do Regulamento, a Corte pode adotar medidas *próprio motu* ou medidas com o conteúdo diverso daquelas que

²⁵² “[...] In the context of the question whether the Court has jurisdiction to grant interim measures before it has definitively established that it has jurisdiction over the merits [...]”. **State Responsibility for Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice**. MENDELSON, Maurice, 2005, p.45.

²⁵³ “[...] In other words, the order was only ‘sort of binding’”. **State Responsibility for Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice**. MENDELSON, Maurice, 2005, p.46.

foram solicitadas pelas partes. Como exemplo, para melhor ilustração, evidencia-se o caso “Reféns na embaixada de Teerã, EUA v. Irã.

Nesse caso, os EUA solicitaram medidas cautelares para libertar os cidadãos norte-americanos tomados como reféns, restauração do controle da embaixada e a aplicação do direito de imunidade aos diplomatas e cônsules. Na ordem, a Corte adotou medida diversa, ordenando a ambas as partes, não somente o Irã, a evitar atitudes que possam agravar ou estender a disputa²⁵⁴.

Esse caso é interessante porque, além da Corte ordenar medidas diversas da solicitação do Estado Autor, os EUA, que requereram as medidas, também a violaram ao iniciar uma incursão na tentativa de libertar os reféns. O que parece um paradoxo.

No julgamento do mérito, a Corte afirmou que a operação realizada pelos EUA minou o respeito pelo processo judicial nas relações internacionais, no entanto, não analisou a questão da responsabilidade do Estado autor, pois afirmou que isso não estava sendo discutido perante a Corte.

O julgamento desse caso foi em 1979, quando a Corte ainda não havia declarado o efeito vinculantes das medidas cautelares, porém, como a Corte iria lidar com a situação na atualidade não seria muito diverso²⁵⁵.

O caráter vinculante das medidas, constatado pela Corte, trouxe a questão sem saber qual o significado prático. Ao contrário dos julgamentos da Corte, as medidas cautelares são ignoradas pela maioria dos Estados ocasionando uma crise de efetividade por parte da Corte como órgão jurisdicional internacional²⁵⁶. Afinal, qual o sentido de emanar julgamentos em que o bem jurídico tutelado não foi preservado em sede cautelar.

Diante dos problemas apresentados, o atual juiz na CIJ, Cançado Trindade, defende a teoria de um regime autônomo para as medidas cautelares, pois estas têm o papel de preservar o equilíbrio entre as partes e evitar danos irreparáveis aos direitos objetos da disputa no processo internacional. “[...] pode, hoje em dia, ser reconhecido com segurança que o cumprimento das medidas cautelares tem influência

²⁵⁴ ICJ *Reports*, Provisional Measures, 1979.

²⁵⁵ MENDELSON, 2005.

²⁵⁶ RYLATT, 2013.

direta sobre os direitos invocados pelas partes em conflito [...]”²⁵⁷” e muitas vezes esse direito está ligado a preservação de milhares de vidas.

A primeira vez em que Cançado Trindade a posicionou-se em relação à ideia de um regime autônomo para as medidas cautelares foi em sua opinião dissidente no caso envolvendo a Bélgica v. Senegal, denominado “Obrigação de processar ou extraditar”, em 2009. A materialização do conceito ocorreu nos casos subsequentes, em específico, no caso envolvendo a Costa Rica v. Nicarágua, “Certas Atividades Executadas por Nicarágua na Fronteira”²⁵⁸”.

Segundo o juiz, desde 1931 o doutrinador Guggenheim²⁵⁹ vem afirmando que as medidas cautelares possuem efeitos vinculantes e a questão do seu cumprimento estava presente, no entanto, por ser pouco estudado e cultivado, não foi dada a devida atenção aos alertas sobre os pontos que deveriam ser resolvidos para assegurar o cumprimento e a fiel execução das medidas, medidas estas que ele interpreta como fundamentais para o desenvolvimento progressivo do próprio direito internacional²⁶⁰.

Guggenheim²⁶¹ destacou que o não-cumprimento das medidas cautelares daria origem a um direito à reparação. Partindo desse pressuposto é que Cançado Trindade tem destacado a importância da tutela cautelar, mas a jurisprudência não tem acompanhado essa evolução, principalmente pela ausência de um posicionamento sobre as consequências jurídicas da violação dessas medidas²⁶².

²⁵⁷ “[...]can today be recognized with certainty that compliance with the precautionary measures have a direct influence on the rights claimed by the parties in conflict [...]”. ICJ *REPORTS*, Dissenting opinion of judge Cançado Trindade, 2009, §97.

²⁵⁸ Em 18 de novembro de 2010, a República da Costa Rica instaurou procedimento contra a República da Nicarágua, por ter esta supostamente ocupado, com forças armadas, em duas ocasiões diferentes, seu território, por razões que dizem respeito à construção de um canal desde o Rio San Juan à Laguna Los Portillos e outras obras relacionadas à dragagem do Rio San Juan. Tais violações teriam acontecido aproximadamente nos dias 18 de outubro de 2010 e 01 de novembro de 2010. ICJ *Reports*. Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area, 2013.

²⁵⁹ GUGGENHEIM P., *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris, Rec. Sirey, 1931, 198p.

²⁶⁰ ICJ *Reports*, Dissenting opinion of judge Cançado Trindade, 2013.

²⁶¹ GUGGENHEIM, 1931.

²⁶² ICJ *Reports*, Dissenting opinion of judge Cançado Trindade, 2013.

Por regime jurídico autônomo das medidas cautelares, conceitua-se que os objetos dos pedidos para tutela cautelar são diferentes do objeto dos pedidos apresentados no mérito. Isso significa dizer que, os direitos que serão protegidos não necessariamente serão os mesmos nos dois respectivos procedimentos²⁶³. O mesmo ocorre em relação às consequências advindas da violação da decisão das medidas e do julgamento principal, que serão totalmente distintas.

[...] o cumprimento das medidas cautelares ocorre paralela ao curso do procedimento quanto ao mérito do caso em questão. As obrigações relativas às medidas ordenadas e as decisões quanto ao mérito (e reparações) não são as mesmas, sendo autônomo um do outro²⁶⁴.

Esse posicionamento gera interpretações que refletem inclusive nos requisitos para a adoção das medidas cautelares, pois como visto no início deste capítulo, as condições estão intrinsecamente ligadas à existência do direito no pedido principal.

Assim como o conceito de responsabilidade interestatal clássica, essa teoria suscita inúmeras dúvidas. Realmente é possível um Estado invocar perante a Corte a violação de uma medida cautelar na tutela de direitos que não tem conexão com o mérito? A resposta nesse caso vai depender da interpretação da natureza jurídica do artigo 41 do Estatuto²⁶⁵.

De qualquer modo, o questionamento final será o mesmo, qual seja, existe previsão legal para a Corte aplicar sanções, seja elas processuais ou indenizatórias?

Supondo que a Corte reconheça o sistema jurídico autônomo da tutela cautelar, e que reconheça o comportamento ilícito de uma das partes por violar direitos tutelados nas medidas e que são diversos do mérito. A Corte poderia obrigar a parte reparar os danos causados? O

²⁶³ICJ *Reports*, Dissenting opinion of judge Cançado Trindade, 2014.

²⁶⁴“The obligations concerning provisional measures ordered and decisions as to the merits (and reparations) are not the same, being autonomous from each other. The same can be said of the legal consequences of non-compliance (with provisional measures, or else with judgments as to the merits), the breaches (of ones and the others) being distinct from each other”. ICJ *Reports*, Order Provisional Measures, Separate Opinion Judge Cançado Trindade, 2014, §60.

²⁶⁵ Esse ponto será analisado no capítulo 3.

fundamento jurídico estaria presente na Carta da ONU, Estatuto, nas Regras da Corte ou seria um poder inerente como órgão jurisdicional?

Até o momento, a Corte não respondeu nenhum desses questionamentos. Alguns autores interpretam que o fato dos Estados não respeitarem as decisões das medidas cautelares não deve ser interpretado como um *desprezo* ou *ultraje* a Corte e que poderia colocar em perigo a sua efetividade. No entanto, esse entendimento não é unânime²⁶⁶.

Se realmente as medidas cautelares possuem efeito vinculante, e não apenas um efeito retórico, conforme assinalou Rylatt²⁶⁷, devem ser esclarecidos inúmeros pontos e criar um processo de cumprimento eficaz.

Segundo o autor, mudanças profundas devem ocorrer na estrutura do Estatuto da Corte, principalmente no que concerne ao artigo 41. Ao mesmo tempo, o autor também expôs uma ideia ousada, qual seja uma reforma no Estatuto e nas regras Corte Internacional de Justiça, que iria ocorrer em três fases.

Inicialmente, a base para uma reforma é concedida pelo artigo 70 do Estatuto da CIJ²⁶⁸ que prevê a possibilidade desta propor alterações no Estatuto e encaminhar ao Secretário Geral em pedido escrito para análise, da mesma maneira como são feitos os pedidos para alteração na Carta da ONU.

Em um primeiro momento, o standard do *fumus boni iuris* ou plausibilidade, destacado no subitem alhures, deve estar presente tanto no Estatuto da Corte como no seu Regulamento²⁶⁹. O segundo momento decorre da importância desse instituto, pois como destacou o Juiz Abraham em sua opinião dissidente no caso “Papeleiras”, “[...] a menos que a Corte realize alguma revisão mínima para determinar se os direitos reivindicados realmente existem e se estão em perigo de serem violados [...]”²⁷⁰, proporciona esclarecimento e segurança aos Estados,

²⁶⁶ MAROTTI, 2014.

²⁶⁷ RYLATT, 2013.

²⁶⁸ Art. 70 The Court shall have power to propose such amendments to the present Statute as it may deem necessary, through written communications to the Secretary-General, for consideration in conformity with the provisions of Article 69.

²⁶⁹ RYLATT, 2013.

²⁷⁰ “[...]unless the Court has carried out some minimum review to determine whether the rights thus claimed actually exist and whether they are in danger of being violated”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2006, p.113, 140.

bem como a própria Corte, para a realização de um pedido de tutela cautelar. Isso significa afirmar que,

[...] Esta abordagem exigiria maior limitação em nome da CIJ, conseqüentemente, proporcionando uma incursão menor na soberania do Estado e a criação de uma solução desejável para incentivar o cumprimento, em especial após a confirmação de *LaGrand* que medidas cautelares são vinculantes²⁷¹.

A terceira e última mudança proposta por Rylatt refere-se à possibilidade de previsão de aplicação de penas pecuniárias, caso um Estado viole as ordens de medidas cautelares. Ainda seguindo o conceito desenvolvido pelo autor, o instituto do *fumus boni iuris* traria uma clara distinção entre o procedimento principal, mérito, e o procedimento incidental de medidas cautelares, contudo, pelo fato de comprovar a possibilidade de existência dos direitos reivindicados e em perigo de serem violados atenderia ao conceito do consentimento dos Estados tornando o cumprimento das medidas eficazes²⁷².

Em relação aos efeitos das medidas cautelares foi possível observar que, primeiramente, existem muitas perguntas sem respostas. Como tentativas para responder essas questões, a doutrina tem sugerido alguns posições contrapostas.

Por um lado tenta-se desvincular do conceito clássico do consentimento para a adoção de medidas cautelares, se centrado no conceito de um regime autônomo das medidas cautelares. Ao contrário, respeitando a primazia do consentimento como fundamento necessário e imprescindível, tem-se a sugestão de uma reforma no Estatuto e no Regulamento da Corte, também inovador e ousado ao seu modo.

Apesar de opostas, ambas as teorias têm em comum a necessidade de demonstrar que a Corte, cedo ou tarde, precisará se

²⁷¹ “[...] *This approach would require greater restraint on behalf of the ICJ, consequently providing a smaller incursion into State sovereignty and creating a desirable solution to incentivise compliance, particularly following the confirmation in LaGrand that provisional measures are binding*”. RYLATT, Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency. **Leeds Journal of Law and Criminology**, 2013 p. 66.

²⁷² RYLATT, 2013.

posicionar sobre a responsabilidade dos Estados ao violarem medidas cautelares e tentar dar efetividade às decisões emanadas.

2.2.2 O (não) posicionamento da Corte

Como já mencionado anteriormente, a Corte não enfrentou claramente os pontos sobre os efeitos das medidas cautelares após o julgamento, em 2001, sobre o efeito vinculante. Na sentença da disputa entre Camarões v. Nigéria, a Corte optou por não aproveitar a oportunidade para prestar esclarecimento sobre o assunto²⁷³.

No ano de 1996, a Corte indicou as seguintes medidas cautelares,

“[...] Ambas as Partes devem assegurar que nenhuma ação de qualquer espécie, e, particularmente, nenhuma ação pelas suas forças armadas, sejam tomadas que possam prejudicar os direitos da outra parte em relação a qualquer julgamento que a Corte pode tomar no caso, ou que possa agravar ou estender a litígio.”²⁷⁴

A decisão foi emanada em virtude de um conflito sobre a península de Bakassi no caso concernente à “Disputa marítima e territorial entre Camarões v. Nigéria”. No julgamento do mérito, Camarões requeria a soberania sobre a península, certa parcela de territórios na área do Lago Chade e áreas contestadas ao longo da fronteira.

Além do pedido de reconhecimento de sua soberania sobre as áreas disputas, Camarões apresentou um pedido sobre responsabilidade do Estado da Nigéria sobre atos internacionalmente ilícitos realizados ao ocupar seus territórios e buscou reparação. A Nigéria apresentou um pedido similar.

O Estado Autor afirmou à Corte que “[...] ao não cumprir com a ordem de 15 de março de 1996, a República Federal da Nigéria tem violado suas obrigações internacionais”²⁷⁵.

²⁷³ MENDELSON, 2005.

²⁷⁴ CIJ, 1996, p. 13.

²⁷⁵ “[...] in failing to comply with the Order...of 15 March 1996 the Federal Republic of Nigeria has been in breach of its international obligations”. ICJ *Reports*, Judgment, 2002, § 327.

O julgamento foi favorável a Camarões. A Corte ordenou que a Nigéria se retirasse dos territórios contestados e, afirmou que essa decisão foi suficiente negando qualquer tipo de compensação²⁷⁶.

Em específico sobre a responsabilidade do Estado Réu por violar medidas cautelares, de maneira unânime,

[...] a Corte já havia notado [...] era incapaz de formar qualquer imagem ‘clara e precisa’ dos acontecimentos ocorridos em Bakassi em fevereiro de 1996. O mesmo é verdade em relação aos acontecimentos na península após a ordem de 15 de março de 1996 ter sido proferida. Camarões não demonstrou os fatos que incumbe ao ônus da prova, e suas alegações sobre este ponto devem ser rejeitadas²⁷⁷.

Seguindo a interpretação da decisão da Corte, a comprovação da violação das medidas cautelares, bem como, as consequências do seu descumprimento dependem, necessariamente, da comprovação pelo Estado que sofreu os danos para serem reconhecidas.

Já no julgamento do caso “Aplicação da Convenção de Prevenção e Punição do crime de Genocídio”, pela primeira vez, o posicionamento da CIJ foi diferente e inseriu no conteúdo do julgamento um tópico específico sobre “A questão da responsabilidade por violação da ordem de indicação de medidas cautelares emanada pela Corte”.

Na contenda envolvendo Bósnia Hezergovina v. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), em seu pedido, o Estado requereu que a Corte julgasse e declarasse que

[...] em decorrência da falha no cumprimento das medidas cautelares emanadas pela Corte em 08 de abril de 1993 e 13 de setembro de 1993, Servia e Montenegro violaram suas obrigações internacionais e estava sob a obrigação de fornecer a Bósnia e Hezergovina uma

²⁷⁶ CIJ, 2002.

²⁷⁷ “[...]the Court had already noted in the above Order that it was unable to form any “clear and precise” picture of the events taking place in Bakassi in February 1996. The same is true in respect of events in the peninsula after the Order of 15 March 1996 was handed down. Cameroon has not established the facts which it bears the burden of proving, and its submissions on this point must accordingly be rejected”. CIJ, julgamento Camarões v. Nigéria, 2002, § 322.

compensação simbólica, um montante a ser determinado pela Corte²⁷⁸.

A Corte esclareceu que as violações das medidas cautelares por parte do Estado Réu referem-se ao não cumprimento de suas obrigações indicadas na ordem de 08 de abril de 1993 e reafirmada em 13 de setembro. O conteúdo da ordem afirmava que o Estado deveria tomar as medidas necessárias para evitar o genocídio e a ordem de garantir que pessoas ou organizações que tivesse sob sua influência não cometessem qualquer ato de genocídio²⁷⁹.

O pedido de reparação não foi somente realizado em sede da tutela cautelar pelo Estado autor, mas também no mérito, como uma forma de reparação integral dos danos e prejuízos causados aos cidadãos (*parens patriae*) e em seu próprio direito²⁸⁰.

O raciocínio da Corte foi de que, como já citado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Chorzów: “[...]a reparação deve, tanto quanto possível, eliminar todas as consequências do ato ilícito e restabelecer a situação que teria, com toda a probabilidade, ter existido, se esse ato não tivesse sido cometido²⁸¹”.

[...] a questão é se há umnexo causal suficientemente direto e certo entre o ato ilícito, violação da obrigação do Estado Réu para impedir o genocídio e o prejuízo sofrido pelo requerente, consistindo em danos de todos e qualquer tipo, material ou moral, causado pelos atos de genocídio. Tal nexopoderia ser considerado estabelecido, se a Corte fosse capaz de concluir o caso como um todo e com um grau suficiente de certeza de que o genocídio em Sebrenica teria sido evitado de fato se o Réu tivesse agido em

²⁷⁸ “[...]due to the failure to comply with the provisional measures issued by the Court on April 8, 1993 and September 13, 1993, Serbia and Montenegro violated its international obligations and was under the obligation to provide Bosnia and Herzegovina a symbolic compensation, an amount to be determined by the Court”. ICJ Reports, Judgment, 2007, §457.

²⁷⁹ CIJ, 2007.

²⁸⁰ CIJ, 2007.

²⁸¹ “[...]reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”. CPJI, Factory at Chorzów, 1928, Publications, Series A, No. 17.

conformidade com as suas obrigações legais. No entanto, a Corte claramente não pode fazer isso [...] ²⁸².

Segundo a Corte, as medidas cautelares possuem efeito vinculante, sendo, portanto, obrigatórias, ao mesmo tempo em que cessam com o julgamento final, por isso, o fato de constar na parte dispositiva da sentença que o Estado Réu violou as medidas cautelares configura-se como uma satisfação apropriada. O mesmo equivale para o pedido de *restituim in integrum* ²⁸³.

Para a CIJ, o não cumprimento das medidas ordenadas é um aspecto que se funde com as violações das obrigações materiais advindas da prevenção e repressão do genocídio, impostas pela Convenção. As ordens de 08 de abril, reafirmadas em 13 de setembro de 1993, foram dirigidas a ambas as partes, porém a Corte acredita que não analisar o cumprimento por parte do Autor seja irrelevante nesse momento ²⁸⁴.

Nesse caso, a Corte pronunciou-se sobre a violação das medidas, no entanto, de modo extremamente restrito, não concedeu a indenização simbólica requerida pelo autor, mas também não aprofundou a possibilidade da existência ou não de previsão jurídica. A única conclusão que é possível extrair é que a ideia de um regime autônomo da tutela cautelar, nesse caso específico, não seria aceito pela Corte.

Interpretação diversa é possível extrair do “Pedido de Interpretação do Julgamento de 31 de março de 2004 no caso concernente Avena e outros nacionais mexicanos” ²⁸⁵, México v. EUA.

²⁸² “[...] The question is whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act, the Respondent’s breach of the obligation to prevent genocide, and the injury suffered by the Applicant, consisting of all damage of any type, material or moral, caused by the acts of genocide. Such a nexus could be considered established only if the Court were able to conclude from the case as a whole and with a sufficient degree of certainty that the genocide at Srebrenica would in fact have been averted if the Respondent had acted in compliance with its legal obligations. However, the Court clearly cannot do so”. ICJ *Reports*, Judgment, 2007, §462.

²⁸³ CIJ, 2007.

²⁸⁴ CIJ, 2007.

²⁸⁵ Em junho de 2008, o México ajuizou demanda e com base no artigo 60 do Estatuto e artigos 98 e 100 das regras da Corte, requereu que a Corte interpretasse o parágrafo 153 (9) do julgamento da Corte emanado em 31 de março de 2004 referente ao caso “Avena e outros nacionais mexicanos”, México v. EUA.

Neste caso ajuizado referente ao pedido de interpretação do julgamento ocorrido em 2004, a Corte afirmou que não possui competência para realizar a interpretação com base no artigo 60 do Estatuto conforme fundamento arguido pelo México, no entanto, isso não impede a Corte de pronunciar-se acerca da violação das medidas cautelares emanadas em 16 de julho de 2008. Os Estados Unidos argumentaram que,

Quanto ao pedido do México concernente a suposta violação da ordem de medidas cautelares emanadas em 16 de julho de 2008, os EUA possuem a opinião de que, primeiramente, a ausência da base de jurisdição para a Corte adjudicar o pedido de México para a interpretação se estende a reivindicação auxiliar. Em segundo lugar, e, alternativamente, os EUA sugere que tal afirmação, em qualquer caso, vai além da jurisdição da Corte, nos termos do artigo 60 do Estatuto²⁸⁶.

A Corte destacou que a sua competência em analisar a violação das medidas cautelares pode ocorrer mesmo se esta não exercer a sua jurisdição sobre o mérito nos termos do artigo 60 do Estatuto.

Ao ordenar as medidas cautelares em 2004, a Corte confirmou ser competente e por isso é possível agora analisar a violação destas, mesmo sendo incidental ao processo principal nos termos do artigo 60 do Estatuto²⁸⁷.

ICJ *Reports*, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals, 2008.

²⁸⁶ “As regards Mexico’s claim concerning the alleged breach of the Order of 16 July 2008, the United States is of the opinion, first, that the lack of a basis of jurisdiction for the Court to adjudicate Mexico’s Request for interpretation extends to this ancillary claim. Second, and in the alternative, the United States suggests that such a claim, in any event, goes beyond the jurisdiction of the Court under Article 60 of the Statute”. ICJ *Reports*, Order Provisional Measures, 2009, §49.

²⁸⁷ ICJ *Reports*, Judgment, 2009, §51. “There is no reason for the Court to seek any further basis of jurisdiction than Article 60 of the Statute to deal with this alleged breach of its Order indicating provisional measures issued in the same proceedings. The Court’s competence under Article 60 necessarily entails its incidental jurisdiction to make findings about alleged breaches of the Order indicating provisional measures. That is still so even when the Court decides,

No final, a Corte atendeu ao pedido do México e concedeu o remédio satisfativo, qual seja, incluiu na parte dispositiva da sentença a declaração de constatação de violação das medidas cautelares²⁸⁸. O posicionamento tomado pela Corte nesse caso, ao contrário, permite acreditar que mesmo na ausência da competência sobre o mérito, em matéria de responsabilidade, a Corte poderá analisar a violação da tutela cautelar pendente lide. O que não é possível afirmar é se a Corte teria o mesmo posicionamento se envolvesse um pedido de reparação.

Até o momento, ao analisar a responsabilidade dos Estados em violação de medidas cautelares, os pedidos para adoção da tutela cautelar e pedidos de reparação foram feitos pelos Estados partes no litúgio. Cabe questionar se a Corte pode constatar por sua própria iniciativa a violação das medidas adotadas na fase do mérito.

Teoricamente, a resposta é positiva, uma vez que o Estatuto permite a indicação de medidas por parte da Corte *próprio motu* ou até mesmo medidas diversas das que foram solicitadas pelas partes. Outro ponto que reafirma essa possibilidade está previsto no artigo 78 do Regulamento. Segundo o artigo, a Corte poderá solicitar as partes se esta e como está ocorrendo a implementação das medidas ordenadas.

Conforme destacou Loris Marroti²⁸⁹, a Corte goza de autonomia para proceder na constatação de condutas desiguais tomadas pelos Estados envolvidos na controvérsia e poderia inserir na parte dispositiva da sentença uma declaração específica acerca da violação das medidas. No entanto, sem a provocação por parte dos Estados, a Corte analisa esse ponto de modo superficial.

Essa afirmação poderia ter ocorrido no caso *Costa Rica v. Nicarágua*. O Estado nicaraguense realizou um novo pedido de medidas e alegou a violação por parte da Costa Rica das medidas cautelares adotadas em 08 de março de 2011. Em resposta, a Corte afirmou que a análise da possível violação das medidas seria feita em conjunto com o pedido principal (mérito), e que as partes poderiam livremente abordar novamente essa questão no julgamento final²⁹⁰.

upon examination of the Request for interpretation, as it has done in the present case, not to exercise its jurisdiction to proceed under Article 60”.

²⁸⁸ CIJ, 2009, § 61: “Unanimously, Finds that the United States of America has breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures of 16 July 2008, in the case of Mr. José Ernesto Medellín Rojas”.

²⁸⁹ MAROTTI, 2014, p.21.

²⁹⁰ ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2013, §57.

A realização de um novo pedido de medidas cautelares pela Nicarágua e o pedido da Corte analisar se realmente ocorrer a violação, segundo a interpretação dada pela Corte foi inútil, pois a análise da possível violação pelo Estado da Costa Rica seria realizada somente no julgamento final. O que não restou claro, no entanto, é se mesmo sem a contestação apresentada, a Corte, de maneira autônoma, iria analisar esse ponto²⁹¹.

Se a decisão tomada pela Corte foi correta ao afirmar que as medidas cautelares possuem efeito vinculante, neste momento, é irrelevante, porém, analisar as consequências jurídicas que esse posicionamento gerou no direito internacional é, sem dúvidas, essencial. O fato do cumprimento das medidas não serem tomadas como uma escolha por parte dos Estados, mas uma obediência enseja maior força para o seu cumprimento²⁹².

Como exposto alhures, para parcela da doutrina, a Corte não possui fundamento jurídico para impor multas aos Estados ou aos indivíduos que agiram em nome deste, nem aplicação de reparações ou compensações financeiras. A mesma interpretação ocorre na relação Estado-Corte concernente à aplicação de sanções processuais.

Supondo que a Corte tivesse autorização de impor multas e a parte que sofreu danos aguarda o julgamento principal para ser ressarcida, no entanto, nas objeções preliminares a Corte descobre que não possui jurisdição sobre o mérito, poderia mesmo assim conceder os danos à parte de maneira autônoma?

A Corte assumiu uma posição extremamente cautelosa nesse assunto e, na verdade, parece buscar uma saída viável para esse conjunto de problemas que se apresentam.

Este item, assim como os demais, busca demonstrar que intrinsecamente todas as perguntas estão conectadas e limitadas a um ponto: o problema entre jurisdição e competência da Corte em tutela cautelar.

²⁹¹ MAROTTI, 2014.

²⁹² MENDELSON, 2005.

3 A NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O objetivo deste capítulo é encontrar, através das teorias doutrinárias e jurisprudência da Corte, qual a natureza da tutela cautelar. No segundo capítulo foram trabalhados os conceitos de procedimento e jurisdição perante a Corte a fim de traçar a condução do trabalho, estabelecendo as premissas e conceitos básicos.

No capítulo seguinte discutiu-se as condições e os efeitos das medidas cautelares através do desenvolvimento da jurisprudência ao longo dos anos, ao tempo em que se constatou que os requisitos da adoção das medidas estão atrelados ao limite da demanda principal, característica esta, essencial do procedimento incidental.

Os requisitos para a adoção das medidas cautelares refletem a cautela que a Corte possui para indicar as medidas cautelares solicitadas pelas partes. Conforme destacou Elkind²⁹³, quando a jurisdição da Corte é contestada pelo Estado Réu (o que ocorre praticamente em todos os casos), o dilema surge e a solução não é fácil, nem simples.

Do ponto de vista do Estado Réu, estar impedido de exercer seus direitos legítimos em virtude de uma decisão que a Corte pode, eventualmente, descobrir que não possui jurisdição sujeitando um Estado soberano a restrições por motivos incertos, não está de acordo com o princípio do consentimento da adjudicação internacional. Já na visão do Estado Autor, a ordem das medidas cautelares pode ser tão urgente que adiar até a decisão final, que pode levar muito tempo, é criar um remédio ilusório.

Além desse dilema, a Corte ao adotar uma tutela cautelar precisa ter o cuidado e o dever que determinadas presunções não impliquem no mérito da controvérsia, pois as medidas podem ser recusadas pelo Estado Réu pelo fato de a ordem antecipar o julgamento final e não respeitar o princípio da igualdade entre os Estados litigantes.

As perguntas sobre a natureza da tutela cautelar não são poucas e para uma melhor compreensão da sua complexidade podem ser subdivididas em quatro questionamentos:

- a) As medidas cautelares são um procedimento dentro do processo principal ou possuem caráter autônomo de competência?
- b) A base da jurisdição para adotar medidas cautelares é a mesma para a Corte analisar o mérito?

²⁹³ ELKIND, 1981.

- c) Se forem bases diferentes, por que a Corte deve constar que possui jurisdição *prima facie* antes de adotar a tutela cautelar?
- d) A tutela cautelar é um princípio geral de direito ou um poder inerente da Corte por ser um órgão jurisdicional que deve utilizar todos os meios para melhor conduzir o processo?

3.1 A TUTELA CAUTELAR COMO UM PROCEDIMENTO INCIDENTAL

O poder de adotar medidas cautelares está previsto no tratado constitutivo da Corte, o Estatuto. Existe, portanto, uma norma pactícia que assegura essa faculdade ao órgão jurisdicional.

Definir a natureza da tutela cautelar é distinto de determinar o poder que a Corte possui de emitir ordens. Busca-se compreender a origem e seu fundamento a partir do equilíbrio entre efetividade jurisdicional e respeito ao princípio da soberania estatal.

3.1.1 A natureza cautelar como poder inerente

A teoria do poder inerente, parafraseado Paola Gaeta²⁹⁴, tem por objetivo demonstrar que a Corte Internacional de Justiça possui competência em matéria cautelar anterior a norma expressamente reconhecida pela via convencional, qual seja, o artigo 41 do Estatuto.

O ponto central dessa tese se funda no caráter incidental das medidas cautelares, uma vez que a Corte é um órgão jurisdicional cujo objetivo é utilizar todas as ferramentas necessárias para melhor conduzir o processo até a sentença de mérito.

Assim, a Corte não seria obrigada a analisar a existência de jurisdição através do consentimento das partes para adotar a tutela cautelar que achar necessária, apenas deve indicar medidas que remetem a controvérsia já existente perante a Corte²⁹⁵.

O fato de que a jurisdição incidental da Corte repousa apenas indiretamente sobre o consentimento das partes, ou seja, tem uma característica objetiva, também permite que esta

²⁹⁴ GAETA, 2000, p. 33-34.

²⁹⁵ DANIELE, 1995.

seja considerada como uma jurisdição inerente, mesmo quando o Estatuto contém disposições específicas para o efeito. [...] ²⁹⁶.

Segundo o entendimento de Shabtai Rosenne, a jurisdição da Corte para analisar o mérito da disputa é distinta do poder da Corte adotar medidas cautelares, pois se trata de um procedimento incidental. Como tal, refere-se a questões processuais, excluindo qualquer debate em relação à jurisdição, não sendo, portanto, necessário o consentimento das partes para os atos ligados a esta natureza.

O principal precursor desta teoria foi Gerald Fitzmaurice, antigo juiz na Corte, no julgamento referente à disputa “Camarões do Norte” ²⁹⁷. Segundo o juiz,

[...] no campo jurisdicional, há a jurisdição material ou básica do Tribunal (para ouvir e determinar o mérito, e existe a possibilidade de contestação (preliminares) para o exercício dessa jurisdição. Mas também há jurisdição preliminar ou ‘incidental’ da Corte (por exemplo, para decretar medidas cautelares, admitir reconvenção e intervenções de terceiros, etc.) a qual pode exercer, mesmo antes de qualquer determinação da sua base de jurisdição quanto ao mérito ²⁹⁸;

²⁹⁶ “[...] *the fact that the incidental jurisdiction of the Court rests only indirectly upon the consent of the parties, that is to say, has an objective characteristic, also enables it to be regarded as an inherent jurisdiction, even when the Statute contains specific provisions for it.* ROSENNE, Shabtai. **The Law and the practice of the International Court, 1920-1996**, Vol. II, Jurisdiction, p. 600

²⁹⁷ Em 30 de maio de 1961, o governo da República de Camarões solicitou a Corte declaração na aplicação do Acordo de tutela do Território de Camarões sob a administração britânica, no que diz respeito à Camarões do Norte, o Reino Unido deve respeitar as previsões decorrentes do Acordo. *ICJ Reports, The Northern Cameroons*, 1963.

²⁹⁸ “[...] *Thus in the jurisdictional field, there is the substantive or basic jurisdiction of the Court (to hear and determine the ultimate merits), and there is the possibility of (preliminary) objections to the exercise of that jurisdiction. But also, there is the Court's preliminary or "incidental" jurisdiction (e.g. to decree interim measures of protection, admit counterclaims and third-party interventions, etc.) which it can exercise even in advance of any determination of its basic jurisdiction as to the ultimate merits*”; *ICJ Reports*, , Separate Opinion Judge Sir. Gerald Fitzmaurice 1963, p. 101, p.103

Essa afirmação se aplica mesmo que posteriormente a Corte verifique que não é competente para julgar o mérito. Isso emana, conforme afirma o juiz, do poder inerente desta, que não sobrevêm do Estatuto ou das Regras da Corte, é “[...] o poder de exercer o que é uma condição necessária para a Corte - ou de qualquer Corte de direito - em ser capaz de funcionar completamente²⁹⁹”.

No momento em que parte ajuíza a demanda indicando a validade de seus argumentos, bem como, a competência da Corte, independente da jurisdição material, esta detém autoridade para realizar uma variedade de atos procedimentais em relação ao caso, especificamente, adotar medidas cautelares e assegurar o correto funcionamento da justiça³⁰⁰.

O juiz Nagendra Singh, na disputa sobre os “Testes Nucleares” também demonstrou ser signatário dessa teoria. Conforme expressou o juiz em sua opinião individual em 1973,

Na verdade, é uma condição *sine qua non* do exercício da função judicial que a Corte pode se mover somente se ela tiver competência. Se, portanto, no exercício dos seus poderes inerentes (como consagrado no Art. 41 do Estatuto), a Corte garante medidas cautelares, a sua única justificativa para fazer é que se não o fizesse, os direitos das partes iriam ficar tão prejudicados que o julgamento da Corte, quando chegaria, poderia estar sem qualquer sentido³⁰¹.

No caso “Jurisdição da Pesca”, o juiz Koroma manifestou-se a respeito da natureza inerente da tutela cautelar da Corte Internacional de Justiça. O poder inerente se refere em decidir sobre uma disputa sendo

²⁹⁹ “[...] *the power to exercise which is a necessary condition of the Court - or of any court of law - being able to function at all*”. ICJ Reports, Judgment, 1963, p.103.

³⁰⁰ ICJ Reports, Separate Opinion Judge Sir. Gerald Fitzmaurice, 1965, p. 101, p.103.

³⁰¹ “It is indeed a *sine qua non* of the exercise of judicial function that a court can be moved only if it has competence. If therefore in the exercise of its inherent powers (as enshrined in Art. 41 of its Statute) the Court grants interim relief, its sole justification to do so is that if it did not, the rights of the parties would get so prejudiced that the judgment of the Court when it came could be rendered meaningless”. ICJ Report, Order Provisional Measures, *Declaration by Judge Nagendra Singh*, 1973, p. 109.

que a sua jurisdição foi conferida pela matéria que lhe foi submetida³⁰². Em outras palavras, segundo a interpretação do juiz, a jurisdição inerente está vinculada a competência *ratione materiae* prevista no artigo 36 §6º do Estatuto.

No ano seguinte, a não indicação por parte da CIJ do remédio cautelar no caso referente à “Legalidade do Uso da Força³⁰³”, Iugoslávia (Servia e Montenegro) v. 10 Estados da OTAN, gerou discordâncias entre os juízes presentes no julgamento. Nas opiniões dissidentes emanadas por alguns juízes o fundamento utilizado para a adoção das medidas teve como base a teoria dos poderes inerentes.

Destaca-se a opinião dissidente do Juiz Vereshchetin. Segundo o juiz, em virtude das circunstâncias extraordinárias a Corte deveria reagir imediatamente, pois é impróprio para o principal órgão judicial da ONU, cuja função básica é a resolução pacífica das controvérsias, permanecer em silêncio diante de tal tragédia³⁰⁴.

Mesmo que, em última instância a Corte pode chegar à conclusão de que, devido a limitações em seu Estatuto, não pode indicar medidas cautelares de pleno direito em conformidade com o artigo 41 do Estatuto em relação a um ou outro dos Estados réus, a Corte possui inerentemente os poderes de, no mínimo, imediatamente convidar as partes para não agravar nem a estender o conflito e de agir em conformidade com as suas obrigações nos termos da Carta das Nações Unidas³⁰⁵.

³⁰² ICJ Reports, Judgment, Separate Opinion Judge Abdul Koroma, 1998, p. 60.

³⁰³ Em 29 de abril de 1999, a Iugoslávia iniciou o procedimento apresentando sua pretensão em face dos dez membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte por violação da obrigação do não uso da força como forma de resolução de conflitos e bombardeou o território Iugoslavo. ICJ Report, Legality of use of Force, 1999.

³⁰⁴ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge, 1999, p. 320.

³⁰⁵ “Even if ultimately the Court may come to the conclusion that, due to constraints in its Statute, it cannot indicate fully fledged provisional measures in accordance with Article 41 of the Statute in relation to one or another of the respondent States, the Court is inherently empowered, at the very least, immediately to call upon the Parties neither to aggravate nor to extend the conflict and to act in accordance with their obligations under the Charter of the United Nations”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Vereshchetin, 1999, p. 320.

A base para a adoção das medidas para não agravar ou estender a disputa decorre do papel da Corte salvaguardar o Direito Internacional e que também é coerente com o artigo 41 do Estatuto e os artigos 74, parágrafo quarto e artigo 75, parágrafo primeiro do Regulamento da Corte³⁰⁶.

Já o juiz Weeramantry, que na época dos fatos apresentava-se como vice-presidente da Corte, dedicou boa parte da sua opinião dissidente na teoria dos poderes inerentes e destacou que:

Para além das referidas disposições específicas que possam estar contidas no Regulamento da Corte relativas às medidas cautelares, a Corte também tem uma jurisdição inerente decorrente de sua função judicial para prestar a assistência que puder para o processo de solução pacífica [...] ³⁰⁷.

Com fundamento também na Carta da ONU e pela Corte ser o principal órgão jurídico, esta possui o papel, dentre outros, de auxiliar na resolução pacífica das controvérsias internacionais e “[...] auxiliar as partes para este fim, sendo que tal obrigação decorre do poder inerente da sua função³⁰⁸”, conforme dispõe o artigo 33 da Carta de São Francisco.

Não existe nenhuma previsão normativa que impede a Corte de basear-se na teoria dos poderes inerentes para indicar medidas cautelares, segundo o juiz Weeramantry, pois a premissa maior é a resolução pacífica das disputas entre os Estados³⁰⁹.

A afirmação da existência de um poder inerente não se restringe a interpretação dos próprios juízes, mas também por alguns Estados da comunidade internacional. No caso “Plataforma Continental do Mar Egeu”, disputa entre o governo Grego e a Turquia, o representante do

³⁰⁶ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Vereshchetin, 1999.

³⁰⁷ “*Apart from such specific provisions as may be contained in the Rules of Court relating to provisional measures, the Court also has an inherent jurisdiction arising from its judicial function, to lend such assistance as it can towards the process of peaceful settlement*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Weeramantry, 1999 p. 75.

³⁰⁸ “[...] and assisting parties to this end is an inherent part of that function”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Weeramantry, 1999, p. 76.

³⁰⁹ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Weeramantry, 1999.

Estado da Grécia afirmou que a indicação das medidas cautelares por parte da Corte não está limitada ao Estatuto ou Regulamento.

[...] em relação às medidas cautelares, há uma posição geral no direito internacional e uma posição especial nos termos do artigo 41[...] artigo 41, ao mesmo tempo em que fala de um poder conferido a Corte deve claramente ser interpretado à luz da autoridade inerente desta em ordenar medidas cautelares ... o poder inerente da Corte para indicar medidas cautelares o que é conferido por uma fonte alternativa do poder do artigo 41³¹⁰ [...].

A existência do poder inerente também foi defendida pelos representantes do Governo da Alemanha contra os Estados Unidos no caso LaGrand, conforme os argumentos presentes, tanto no memorial, como na defesa oral.³¹¹

O objetivo central dessa teoria é demonstrar que a natureza da tutela cautelar da Corte não necessita do consentimento das partes, ao contrário do mérito. Trata-se de um poder *ulterior* à existência do artigo próprio 41 ou alternativa a este.

Analisar a questão das medidas cautelares como uma questão meramente processual pode conduzir a interpretação de um poder inerente, pois a Corte possui autonomia para moldar o procedimento de acordo com a urgência do processo.

Esse argumento encontra suporte uma vez que o artigo 41 se encontra no capítulo três do Estatuto que regula as normas de procedimento. Suporte adicional pode ser visto no caso da Corte, pois, juntamente com o artigo 41 ela também cita o preâmbulo do artigo 48, relacionado à conduta do caso no *caput* das ordens de medidas cautelares.

³¹⁰ “[...] *with respect to interim measures there is a general position in international law and a special position under article 41... article 41, while it speaks of a power conferred upon the Court, must clearly be construed in the light of the inherency of the authority to order interim measures... The Court’s inherent power to indicate interim measures, which gives it an alternative source of power to article 41 [...]*”. ICJ Reports, Written Proceedings, 1976, pp. 95-104.

³¹¹ ICJ Reports, Written Proceedings, Memorial of the Federal Republic of Germany, §3º and Oral Proceedings, 2000, §12.

Segundo Stuzky³¹², as questões processuais estão relacionadas às condutas do procedimento, isso inclui a relação entre as partes, de um lado, a Corte, de outro, e as partes perante a Corte.

3.1.2 A natureza cautelar e teoria com base no consentimento sobre o mérito

A adjudicação internacional, como já mencionado no capítulo primeiro, depende necessariamente do consentimento dos Estados. Sem tal consentimento os tribunais internacionais, bem como, a Corte, não podem criar obrigações aos Estados.

O fundamento consensual da justiça internacional somente pode ser exercido nos limites previstos no tratado constitutivo, respeitando o princípio *extra compromissum arbiter nihil facere potest*³¹³.

O consentimento à Corte para resolver uma disputa entre Estados está previsto no artigo 36§1º do Estatuto - cláusula compromissória, e artigo 36§2º - clausula facultativa de jurisdição obrigatória, ambas exploradas no capítulo primeiro.

Partindo desse pressuposto significa afirmar que antes da adoção das medidas cautelares, a Corte necessariamente deve constatar se possui jurisdição plena sobre no mérito. Essa afirmação refere-se à teoria baseada no consentimento.

De acordo com essa teoria o único meio dos Estados concederem jurisdição à Corte está ligada ao artigo 36§1º e 2º do Estatuto. Contrariamente à teoria do poder inerente, não existe um poder que autorize a Corte adotar medidas cautelares sem que os Estados tenham realizado o consentimento.

As medidas cautelares, portanto, não são meramente processuais, mas sim, uma questão de competência. Para a Corte ser competente para adotar a tutela cautelar, necessariamente esta precisa possuir jurisdição, jurisdição está prevista somente no artigo 36 e 37 do Estatuto ou no artigo 38, parágrafo quinto das Regras da Corte.

O fato das medidas cautelares atuarem de maneira incidental, ao lado das objeções preliminares, não é possível resumir a uma ação meramente processual. Conforme destacou Anzilotti “[...] a indicação de

³¹² STUZKY, 1983.

³¹³ MORELLI, 1963.

medidas cautelares foi certamente um incidente, mas não um mero ponto de procedimento³¹⁴.

O posicionamento assumido pelo Juiz Forster no caso “Testes Nucleares”, já mencionado, coaduna com a teoria do consentimento. Segundo a opinião dissidente emanada, o juiz considerou que

[...] para exercer o poder conferido pelo artigo 41, a Corte deve ter jurisdição. Mesmo quando considerar que as circunstâncias requerem a indicação das medidas cautelares, a Corte, antes de prosseguir para indica-las deve assegurar-se que possui jurisdição. Nem o caráter provisório das medidas nem a urgência do pedido que sejam indicadas pode dispensar o juiz da necessidade de verificar a jurisdição em *limine litis*, especialmente quando é séria e categoricamente contestada pelo Estado que procedeu contra³¹⁵ [...].

Ainda segundo o juiz, a Corte não possui dois tipos de jurisdição, uma que deve ser exercida em respeito à tutela cautelar e outra para lidar com o mérito da disputa. O consentimento, segundo Forster, é um pré-requisito indispensável para julgar qualquer Estado³¹⁶.

No caso relacionado sobre os “Testes Nucleares”, o juiz Gros, opinião dissidente, destacou que a Corte deixou de analisar a existência ou não da jurisdição contestada pela França e adotou medidas cautelares como se fosse um caso totalmente independente. O juiz criticou a postura da CIJ considerando que,

³¹⁴ “[...] the indication of interim measures was certainly an incident, but it *not a mere point of procedure*”. (Itálico adjunto) SZTUCKI, J. **Interim Measures in the Hague Court**, 1983, p. 69.

³¹⁵ “[...] *To exercise this power conferred by Article 41, the Court must have jurisdiction. Even when it considers that circumstances require the indication of provisional measures, the Court, before proceeding to indicate them, must satisfy itself that it has jurisdiction. Neither the provisional character of the measures nor the urgency of the requirement that they be indicated can dispense the judge from the necessity of ascertaining his jurisdiction in limine litis; especially when it is seriously and categorically contested by the State proceeded against, which is the case at present*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Forster, 1973, p. 16.

³¹⁶ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Forster, 1973, p. 18.

[...] De nada serve a Corte se referir a determinados sistemas nacionais de direito que caracterizam essa independência, porque a Corte tem as suas próprias regras de procedimento e deve aplicá-las em seu sistema jurisdicional, que, como corolário de certo tipo de sociedade internacional, tem sido estabelecido com base da aceitação voluntária de jurisdição. É um fato da vida internacional que o recurso à adjudicação não é obrigatória³¹⁷ [...].

O consentimento como meio necessário para adoção das medidas cautelares também apareceu na opinião separada do juiz Morozov no caso referente à “Plataforma do Mar Egeu”.

O juiz inicia afirmando que a referência na ordem de medidas cautelares citando o artigo 41 e 48 do Estatuto e artigo 66 do Regulamento como formas de comprovar que a Corte possui poder para adotar a tutela cautelar antes de considerar e resolver a questão da jurisdição, na verdade, não foram baseadas no Estatuto ou nas Regras de Procedimento. As disposições fundamentais relativas à jurisdição encontram-se no Capítulo II do Estatuto, denominado “competência da Corte”, presente nos artigos 36 e 37.

Os artigos 41 e 48 do Estatuto são encontrados no Capítulo III do Estatuto, sob o título ‘Procedimento’. Isto significa que as disposições desse capítulo não pode ser considerada como algo que pode ser separado do Capítulo II do Estatuto, de modo a ter um significado independente, o que poderia anular as disposições acima mencionadas do capítulo II relativos à

³¹⁷ “[...] *Such was not the analysis of the power instituted in Article 41 of the Statute which was carried out in the present instance. The Court, by putting off the decision on the effects of non-appearance, embraced the proposition that a request for provisional measures is utterly independent in relation to the case which is the subject of the Application. It is no use referring to certain domestic systems of law which feature such independence, because the Court has its own rules of procedure and must apply them in its jurisdictional system, which, as a corollary of a certain kind of international society, has been established on the basis of the voluntary acceptance of jurisdiction. It is a fact of international life that recourse to adjudication is not compulsory [...]*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Gros, 1978, p. 154.

competência da Corte [...]A referência em ordem do artigo 48 não acrescenta nada ao assunto, uma vez que o artigo prevê apenas o direito da Corte para ‘fazer ordens para a condução do processo...’; ele não permite prevenir as principais disposições dos artigos 36 e 37 do Estatuto.³¹⁸

O fato do artigo 66 das Regras da Corte prevê que o pedido de medidas cautelares deve ter prioridade sobre os outros casos, não significa afirmar que essa prioridade será em todas as fases do procedimento. O Juiz Morozov afirma que os outros casos devem ser interrompidos em decorrência da urgência do caso, não que a questão da jurisdição deva ser ignorada ou analisada posteriormente³¹⁹.

Com base na teoria do consentimento, ao receber o pedido para indicação das medidas cautelares pelo Estado, a Corte, necessariamente deve analisar a questão da jurisdição e da admissibilidade.

Na maioria dos casos, a parte realiza o pedido das medidas juntamente com a petição inicial. Isso significa que a outra parte irá tomar conhecimento do processo e do pedido da tutela cautelar.

A outra parte irá manifestar-se acerca desse pedido em um período curto de tempo, as ordens são emanadas, freqüentemente, antes dos procedimentos escritos e orais, momento em que a outra parte possui o direito de apresentar todos os argumentos.

Ao partir desse pressuposto, a análise da jurisdição por parte da Corte baseia-se praticamente nos argumentos arguidos pela parte que solicitou as medidas cautelares, comumente, o Estado Autor no processo principal e o Estado Réu realiza breve argumentação, normalmente, questionando a possível jurisdição da Corte.

³¹⁸ “Articles 41 and 48 of the Statute are to be found in Chapter III of the Statute under the title ‘Procedure’. This means that provisions of that Chapter cannot be regarded as something which may be separated from Chapter II of the Statute, so as to have an independent significance, which could cancel out the above-mentioned provisions of Chapter II concerning the competence of the Court. The reference in the Order to Article 48 adds nothing to the matter, since that Article merely provides for the right of the Court to ‘make orders for the conduct of the case . . .’; it does not permit avoidance of the key provisions of Articles 36 and 37 of the Statute”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Morozov, 1974, p. 22.

³¹⁹ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Morozov, 1974, p. 23.

Em alguns casos, como “Convenção de Viena sobre Relações Consulares” e “LaGrand” a adoção de medidas ocorreu sem prazo para manifestação da parte contrária³²⁰.

O posicionamento da Corte no caso “Legalidade do uso da Força”, conforme destaca Kaoru Obata, sugere uma interpretação que a jurisdição plena no mérito também é necessária para adoção das medidas.

Considerando que a Corte, nos termos do seu Estatuto, não tem automaticamente a jurisdição sobre disputas legais entre os Estados partes do Estatuto ou entre outros Estados para os quais o acesso à Corte foi concedida; Considerando que a Corte tem repetidamente afirmado ‘que um dos princípios fundamentais do seu Estatuto é que ele não pode decidir a disputa entre Estados sem o consentimento desses Estados para a sua jurisdição’ (Timor Leste (Portugal v Austrália), (Judgment, ICJ Reports 1995 p 101, §2); e considerando que a Corte pode, portanto, exercer jurisdição apenas entre os Estados partes de um litígio que não só têm acesso a Corte, mas também reconheceram a jurisdição, quer na forma geral ou para a disputa individual em causa³²¹.

O fato da Corte em 2002 ter consolidado que as medidas cautelares possuem efeito vinculante reafirmou a necessidade de a base jurisdicional possuir elementos sólidos.

Os requisitos para a adoção das medidas demonstram claramente essa cautela por parte da Corte e a teoria do consentimento, sem

³²⁰ OBATA, 2002.

³²¹ “Whereas the Court, under its Statute, does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States to whom access to the Court has been granted; whereas the Court has repeatedly stated “that one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction” (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C. J. Reports 1995. p. 101, para. 26); and whereas the Court can therefore exercise jurisdiction only between States parties to a dispute who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court, either in general form or for the individual dispute concerned”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999. p. 132, §20.

dúvidas, se apresenta como uma solução atual mesmo que tenha sido delineada e consolidada no final do século XIX e todo o século XX.

Se por um lado a teoria do consentimento representa o funcionamento de todo o sistema jurisdicional internacional, fortalecendo o conceito da soberania estatal, parece adequado que a tutela cautelar possua a mesma natureza como fundamento. No entanto, isso resolve apenas um lado do problema.

Se a tutela cautelar existe para evitar danos irreparáveis e garantir a efetividade da tutela jurisdicional, a teoria do consentimento não concede uma resposta urgente, pois a verificação plena da existência da jurisdição sobre o mérito pode demorar, conseqüentemente, existe o risco do remédio jurídico ser irrelevante.

Nesse sentido, a teoria do poder inerente ganha força, principalmente se utilizar a concepção do atual juiz da Corte Cançado Trindade. Segundo o juiz, as medidas cautelares apresentam-se como um regime autônomo, não sendo obrigadas a tutelar o bem jurídico do processo principal³²².

Segundo a teoria de Cançado Trindade, a Corte como órgão jurisdicional possui o poder inerente de determinar a sua própria jurisdição. O papel da tutela cautelar vai além da relação clássica entre Estados e busca proteger o indivíduo e o meio-ambiente.

De modo muito sucinto, até porque o objetivo desse trabalho não abrange esse ponto, a teoria do juiz se baseia na *compétence de la compétence* (*Kompetenz Kompetenz*). Isso significa que os tribunais internacionais, incluindo a Corte, possuem o poder inerente de determinar a sua própria jurisdição, uma vez que não deixar que as partes envolvidas no conflito façam a escolha. A Corte, bem como, os demais tribunais são os guardiões da sua jurisdição, o *ius dicere*, o poder de declarar a lei³²³.

Como fundamento da sua teoria o juiz cita a passagem de um julgamento da Corte de 1953, o caso “Nottebohm³²⁴”,

³²² Sobre esse ponto ver capítulo 3.

³²³ ICJ *Reports*. Order Provisional Measures, Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Dissenting Opinion Judge Antônio Augusto Cançado Trindade, 2013, §9.

³²⁴ Em 17 de dezembro de 1951, Liechtenstein apresentou uma petição inicial contra a Guatemala, reivindicando indenização em relação a várias medidas que a Guatemala havia tomado contra a propriedade M. Nottebohm, alegando violações do Direito Internacional. ICJ *Reports*, Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 1953.

[...] Assume particular vigor quando o tribunal internacional não é mais um tribunal arbitral constituído em virtude de um acordo especial entre as partes com a finalidade de decidir sobre um determinado litígio, mas é uma instituição que foi pré-estabelecida por um instrumento internacional que define a sua jurisdição e regulamentação do seu funcionamento e é (...) o principal órgão judicial das Nações Unidas³²⁵.

A CIJ possui o poder, prossegue o juiz, de tomar decisões *próprio motu* e adotar as medidas necessárias para a boa administração da justiça. Ao fazer, “[...] a Corte está exercendo a sua *competência de la compétence*, uma prerrogativa que é essencialmente inerente a sua função judicial³²⁶”.

A partir desse pressuposto, o juiz iniciou a desenvolver a tese do regime autônomo das medidas cautelares como um meio de garantir a efetividade jurisdicional da Corte como principal órgão jurídico da ONU. Abandonando aos poucos, o conceito do positivismo dos tribunais arbitrais e caminhando para a proteção dos direitos além das relações interestatais.

3.1.3 A natureza cautelar e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça

Ao compreender a natureza do artigo 41 como caráter incidental, de fato, esta se caracteriza “[...] não somente por seu caráter acessório a respeito do procedimento ‘principal’, mas também pela sua autonomia a respeito da competência necessária [...]”³²⁷,

³²⁵ “[...] assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal constituted by virtue of a special agreement between the parties for the purpose of adjudicating on a particular dispute, but is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation, and is, in the present case, the principal judicial organ of the United Nations”. ICJ Reports. Preliminary Objection, Judgment, 1953, p. 119.

³²⁶ ICJ Reports, Dissenting Opinion Judge Cançado Trindade, 2013.

³²⁷ “la nozione di competenza incidentale è infatti caratterizzata, non solo dalla sua accessarietà rispetto ad un procedimento ‘principal’, ma anche dalla sua autonomia rispetto alla competenza necessaria [...]”. DANIELLE, L. Le

No artigo “A indicação de Medidas Cautelares pela Corte Internacional de Justiça”, Thirlway defende que o artigo 41 do Estatuto é a única fonte do poder de adotar medidas cautelares³²⁸.

Isso significa afirmar que existem dois tipos de jurisdição, uma referente à tutela cautelar, ou seja, a competência por parte da Corte em adotar o remédio processual incidental, que emana do consentimento no Estatuto, e, a jurisdição para a Corte resolver o mérito da disputa com base no consentimento do caso³²⁹.

[...] Não existe conexão direta de dependência de uma ou outra. A jurisdição para adotar medidas cautelares deriva diretamente do artigo 41 do Estatuto e existe independentemente da jurisdição sobre o mérito, no sentido de que não é necessário comprovar a existência da jurisdição do mérito como uma condição prévia para a adoção das medidas cautelares. A forma da jurisdição deriva diretamente do Estatuto, como a jurisdição de revisar ou interpretar um julgamento, ou a jurisdição para conceder uma opinião consultiva, não está exposta a objeções da jurisdição designadas a mostrar que a jurisdição sobre o mérito não existe ou não se estende ao caso interposto³³⁰.

misure cautelari nel processo dinanzi ala Corte Internazionale di Giustizia. 1993, p. 58.

³²⁸ THIRLWAY, H.W.A. **Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice**, 1993, p. 3.

³²⁹ Opinião contrária ver: Dissenting Opinion Judge Foster Nuclear Tests case”, 1973, pgs. 111 e 148. Segundo o juiz não existe dois tipos de jurisdição, apenas a jurisdição para lidar com o mérito da disputa.

³³⁰ “[...] *there is no direct link of dependence of the one on the other. The jurisdiction to indicate provisional measures derives directly, in the sense that it is not necessary to prove the existence of merits jurisdiction as a precondition to the indication of measures. A form of jurisdiction derived directly from the Statute, like the jurisdiction to revise or interpret a judgment, or the jurisdiction to give na advisory opinion, is not exposed to jurisdictional objections designed to show that na asserted jurisdiction over the merits is non-existence or does not extend to the case brought.* THIRLWAY, H.W.A. **Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice**, 1993, p. 19.

Foi essa a interpretação da Corte no caso do “Petróleo Anglo-Iraniano”. A Corte adotou medidas cautelares, e posteriormente constatou que não havia jurisdição para resolver o mérito da disputa. No julgamento das objeções preliminares, a Corte destacou que possui dois tipos de jurisdição.

Considerando que seu poder para indicar essas medidas cautelares provenientes das disposições especiais previstas no artigo 41 do Estatuto, deve agora derivar a sua jurisdição para lidar com o mérito do caso das regras gerais previstas no artigo 36 do Estatuto. Essas regras gerais, que são totalmente diferentes das disposições especiais previstas no artigo 41, baseiam-se no princípio de que a jurisdição da Corte para lidar com um caso e decidir sobre o mérito depende da vontade das partes. A menos que as partes tenham conferido jurisdição a Corte nos termos do artigo 36, a Corte não tem essa jurisdição³³¹.

Neste caso em específico, a Corte detinha competência para adotar as medidas cautelares uma vez que ambos os Estados consentiram com o Estatuto da Corte. Os efeitos dessas medidas cessam quando a Corte analisa o mérito da disputa e geram efeitos *ex nunc* entre as partes. Se a Corte é competente ou não para julgar o mérito dessa disputa dependerá do consentimento dos Estados conforme previsão do artigo 36 e 37 do Estatuto.

A ação tomada pela Corte de acordo com o artigo 41 em nada prejudica a análise da jurisdição sobre o mérito do caso. São duas fases completamente distintas. Em nenhum momento a previsão estatutária possibilita uma interpretação no sentido de que se deve analisar a jurisdição no mérito para adotar as medidas cautelares³³².

³³¹ “While the Court derived its power to indicate these provisional measures from the special provisions contained in Article 41 of the Statute, it must now derive its jurisdiction to deal with the merits of the case from the general rules laid down in Article 36 of the Statute. These general rules, which are entirely different from the special provisions of Article 41, are based on the principle that the jurisdiction of the Court to deal with and decide a case on the merits depends on the will of the Parties. Unless the Parties have conferred jurisdiction on the Court in accordance with Article 36, the Court lacks such jurisdiction”. ICJ Reports, Preliminary Objection, 1952, p. 102-103.

³³² THIRWAY, 1993.

O fato da Corte constatar que não possui jurisdição sobre o mérito em um determinado caso, não pode ser interpretado no sentido de que não possuía competência para indicar as medidas cautelares, sejam elas *próprio motu*, ou, a pedido das partes. São duas jurisdições distintas e independentes, a ausência de jurisdição no mérito não pode coibir as medidas cautelares.

O poder da tutela cautelar da Corte, conforme destaca Mani, é regulo única e exclusivamente pelo artigo 41 que prevê uma base consensual independente. Base consensual esta expressa pelo tratado constitutivo da Corte, o Estatuto³³³.

O consentimento da Corte para resolver o mérito da disputa está presente no capítulo três: Competência da Corte e, depende do consentimento das partes conforme previsões do artigo 36.

Os Estados ao ratificarem a Carta de São Francisco são, *ipso facto*, partes no Estatuto, mas depende do consentimento destes para a Corte ter jurisdição sobre o mérito da disputa, não em relação ao procedimento incidental de medidas cautelares.

A jurisdição para adotar medidas cautelares deriva única e exclusivamente do Estatuto, assim como, a jurisdição para revisar ou interpretar um julgamento, ou, a jurisdição em conceder um parecer consultivo³³⁴. As medidas cautelares,

[...] não estão expostas a objeções jurisdicionais designadas a demonstrar que uma determinada jurisdição sobre o mérito não existe ou não se estende ao caso. Provavelmente a única objeção que o Estado autor não possui o direito de estar perante a Corte, ou que o procedimento não foi instituído de alguma forma válida, poderia ser considerado uma barreira sobre a existência da jurisdição de acordo com o artigo 41³³⁵.

³³³ MANI, 1980, p. 299.

³³⁴ THIRLWAY, 1993.

³³⁵ “[...] is not exposed to jurisdictional objections designed to show that an asserted jurisdiction over the merits is non-existent or does not extend to the case brought. Probably only on objection that the Applicant was not a State entitled to appear before the Court, or that the proceedings had somehow not been validly instituted at all, could be considered a possible bar to the very existence of jurisdiction under article 41”. THIRLWAY, H. **The indication of Provisional Measures by International Court of Justice**. 1993, p. 19

Ainda segundo Thirlway, a existência da jurisdição sobre o mérito seria um dos requisitos necessário para a adoção das medidas – a base *prima facie* de jurisdição³³⁶.

O posicionamento do autor é interessante, pois situa a existência de jurisdição sobre o mérito ao lado dos demais requisitos para adoção das medidas, como perigo de dano irreparável, urgência, não agravamento de uma disputa e o *fumus boni iuris*. Isso possibilita maior flexibilidade ao procedimento.

O artigo 41 do Estatuto afirma que a Corte poderá indicar as medidas, se as circunstâncias assim requerem, e em nenhum momento assegura que a existência de jurisdição requer a adoção das medidas cautelares³³⁷.

Os efeitos das medidas cessam quando a Corte determinar que não possui jurisdição sobre o mérito, mas pendente da decisão sobre a jurisdição do mérito, “[...] as medidas indicadas no exercício da jurisdição especial estatutária, são perfeitamente válidas e efetivas, e capaz de execução, como qualquer medida cautelar – seja esta qual for³³⁸”.

3.2 A NATUREZA CAUTELAR E A BASE *PRIMA FACIE*

O dilema entre jurisdição e competência da Corte Internacional de Justiça em matéria de tutela cautelar sempre foi uma questão delicada, uma vez que, o que está em jogo, por um lado, é a efetividade da tutela jurisdicional e de outro, o princípio da soberania estatal em respeito ao livre consentimento da jurisdição internacional.

A questão tornou-se mais complicada quando a Corte afirmou, em 2001³³⁹, que as medidas cautelares possuem efeito vinculante, obrigando o Estado a seguir determinada conduta sem ter certeza que este consentiu com a jurisdição da Corte. Mais do que o respeito ao princípio da soberania estatal, o que realmente importa é como a Corte lida com estes casos. O dilema está intrinsecamente ligada a própria autoridade da Corte como órgão jurisdicional.

³³⁶ Ver item 4.2.

³³⁷ THIRLWAY, 1993.

³³⁸ “[...] the measures indicated in exercise of the special statutory jurisdiction, were perfectly valid and effective, and capable of such enforcement as provisional in general – whatever that may be. THIRLWAY, H. **The indication of Provisional Measures by International Court of Justice**. 1993, p 23.

³³⁹ ICJ Reports. Judgment, LaGrand, 2001.

3.2.1 (Im)possibilidade da aplicação da teoria do poder inerente e com base no consentimento

A noção de que a Corte Internacional de Justiça possui poderes inerentes, especificamente sobre a possibilidade de adotar medidas cautelares, encontra suporte, conforme destaca Paola Gaeta, entre os estudiosos do Direito Internacional. A concepção do poder inerente é normalmente referida como um poder oposto ao expressamente regulado nas regras de procedimento³⁴⁰.

O principal problema, conforme destacou Paola Gaeta em seu artigo sobre “O poder inerente das Cortes e Tribunais Internacionais” decorre da incerteza da fonte jurídica dessa classe de poder. Nesse sentido, podem-se destacar três tipos de correntes³⁴¹.

A primeira defende que, indiferentemente da previsão no tratado institutivo, poder inerente tem como fundamento os princípios gerais de Direito Internacional ou princípios advindos da *Commom Law*. A segunda corrente, entretanto, afirma que o poder inerente deriva necessariamente por implicação dos instrumentos constitutivos, especificamente, do Estatuto da CIJ. Uma terceira corrente defende que o poder inerente deriva única e exclusivamente da natureza judicial do órgão jurisdicional e que esse poder é necessário para a boa administração da justiça³⁴².

Como foi possível observar, o fundamento jurídico do poder inerente é diferente em cada uma das interpretações analisadas no item alhures. A primeira escola defende que o poder inerente em adotar medidas cautelares tem como base princípios gerais, princípios estes previstos no artigo 38, “c” do Estatuto da Corte, sendo, deste modo, compreendido o poder inerente como uma fonte do Direito Internacional, ao lado dos costumes e tratados.

A Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou que existe um princípio geral³⁴³ de que as partes devem se comprometer em não agravar a disputa para preservar o direito material envolvido na controvérsia perante o órgão jurídico.

Ao interpretar o poder inerente como um princípio do Direito Internacional significa afirmar que indiferente da existência ou não do

³⁴⁰ GAETA, 2003.

³⁴¹ GAETA, P. **Inherent Powers of Courts and Tribunals**, 2003. p.353-361.

³⁴² GAETA, 2003, p. 355.

³⁴³ PCIJ *Reports*, Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Bélgian v. Bulgarian), A/B 79, 1939.

artigo 41 do Estatuto que prevê a possibilidade de adoção de medidas cautelares, a Corte poderá adotar as medidas em virtude de a tutela cautelar ser uma fonte jurídica,

[...] em virtude desse princípio, um tribunal pode emanar medidas cautelares preenchendo as lacunas a este respeito no tratado institutivo ou no instrumento a este equivalente, a fim de responder aquela mesma exigência da efetividade da tutela jurisdicional que se encontra nos sistemas processuais internos [...]³⁴⁴.

Se a base desse poder for interpretada como um princípio geral de direito, como um poder residual inerente operante no Direito Internacional, prova a necessidade, conforme destaca Paola Gaeta, de determinar quais poderes estão previstos por esse princípio geral³⁴⁵.

Ao determinar que as medidas cautelares pertençam a essa classe de poder inerente, “[...] o ponto de partida necessário deve residir nas características únicas da justiça internacional³⁴⁶”.

Se, por um lado, ao analisar o instituto da tutela cautelar foi possível constatar que estas possuem efeito vinculante gerando obrigações internacionais entre os Estados da disputa, por outro lado, o sistema jurídico da Corte é baseado no consentimento dos Estados, consequentemente, nenhum poder pode expressamente ser exercido se incidir a liberdade e o direito soberano dos Estados³⁴⁷.

Assim como a doutrina acima, a segunda escola também apresenta limitações. A primeira deriva da confusão entre a teoria dos poderes implícitos e a teoria dos poderes inerentes. Conforme a interpretação de Gaeta, a corrente do poder inerente que afirma que a

³⁴⁴ “[...] *in virtù di tale principio un tribunale internazionale può emanare provvedimenti cautelari, colmando le lacune al riguardo presenti nel trattato institutivo o nello strumento a questo equivalente, al fine di rispondere a quelle stesse esigenze di effettività della tutela giurisdizionale Che è dato riscontrare Nei sistemi processuali interni [...]*”. GAETA, P. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**, 2000, p. 63.

³⁴⁵ GAETA, 2003.

³⁴⁶ “[...] *the necessary starting point must reside in the unique features of international justice [...]*”. GAETA, P. **The Inherent Powers of International Courts and Tribunals**, 2003, p. 368.

³⁴⁷ GAETA, 2003, p.368.

tutela cautelar pode derivar do tratado constitutivo, na verdade, trata-se da teoria dos poderes implícitos³⁴⁸.

A autora assinala que em determinadas ocasiões a Corte, e até mesmo alguns juízes, em suas opiniões individuais, tem interpretado que o tratado constitutivo implicitamente atribui a Corte todos os poderes indispensáveis ao exercício eficaz da sua competência expressamente atribuída. “[...] Consente em sustentar que a competência se faz como ‘necessária implicação’ da atribuição dos tribunais internacionais em decidir o mérito de uma controvérsia. [...]”³⁴⁹.

O problema do fundamento da tutela cautelar derivar implicitamente do tratado constitutivo decorre da tentativa de expandir tanto quanto for necessário o poder da Corte para garantir a efetividade da tutela jurisdicional analisando-a somente do ponto de vista processual³⁵⁰.

A terceira e última doutrina defende que os poderes inerentes têm como fundamento a boa administração da justiça, isso decorre pelo fato tanto da Corte ser o principal órgão jurídico da ONU ou por defender a ideia (moral) de justiça³⁵¹.

Essa teoria teve como predecessor o antigo juiz na CIJ e internacionalista Gerald Fitzmaurice conforme opinião dissidente no caso “Camarões do Norte”, ainda em 1965 e atualmente pode-se destacar o posicionamento do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

Segundo o juiz Cançado Trindade, a ideia da justiça guiada por meio da boa administração da justiça “[...] floresceu como uma máxima e deu expressão a um princípio. O bom exercício da função judicial

³⁴⁸ GAETA, P, 2000, p. 62.

³⁴⁹ “[...] consente di sostenere che la competenza ad emanare provvedimenti cautelari costituisce una competenza che si trae, per ‘necessaria implicazione’, dall’attribuzione ai tribunali internazionali della competenza a decidere una controversia nel mérito [...].” GAETA, P. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**, 2000, p.61.

³⁵⁰ GAETA, 2003, p. 362. Na verdade, essa teoria teve origem a nível nacional, principalmente nos Estados Unidos como uma maneira de interpretar a constituição dos Estados Federados, cujo objetivo era expandir o poder da autoridade central. Sobre a teoria ver: GAETA, Paola. *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, 2003 in **Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese** (International Humanitarian Law Series, V. 5).

³⁵¹ GAETA, 2003.

internacional exige a mistura de lógica e da experiência que visa assegurar boa administração da justiça [...]”³⁵².

O juiz também crítica o posicionamento dos positivistas pela incapacidade de explicar qualquer coisa que transcende os textos regulamentares. A boa administração da justiça é um poder inerente que torna o processo equilibrado, garantindo a igualdade processual, o devido processo legal e preservando integridade da sua função jurisdicional³⁵³.

[...] é, na minha percepção, a ideia de uma justiça objetiva que, em última análise orienta a boa administração da justiça na linha do pensamento jusnaturalista. A busca da justiça está em conformidade com os princípios gerais de direito. Com a evolução animadora e expansão da resolução dos litígios nas recentes décadas tem havido, não surpreendentemente, um recurso cada vez maior para a máxima da boa administração da justiça que concede a expressão como um princípio geral do direito, capturado pela consciência humana³⁵⁴.

A boa administração da justiça como fundamento da teoria dos poderes inerentes, na verdade, possui a mesma base da primeira corrente, qual seja; interpretar a ideia da justiça como um princípio do Direito Internacional, indo ao encontro das limitações já apresentadas.

Os limites da doutrina dos poderes inerentes são confirmados pela própria jurisprudência internacional, ao demonstrar que a teoria

³⁵² “[...] it flourished as a maxim, this latter clearly gave expression to a principle. The proper exercise of the international judicial function requires the blend of logic and experience [...]” ICJ Reports, Jointer of Proceedings, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, 2013, §13.

³⁵³ ICJ Reports. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, 2013, §13.

³⁵⁴ “[...] in my perception, the idea of an objective justice that, ultimately, guides the sound administration of justice (la bonne administration de la justice), in the line of jusnaturalist thinking. The proper pursuit of justice is in conformity with the general principles of law. With the reassuring evolution and expansion of judicial settlement in recent decades, there has been, not surprisingly, an increasing recourse to the maxim la bonne administration de la justice — which gives expression to a general principle of law, captured by human conscience”. ICJ Reports, Jointer of Proceedings, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, 2013, §15.

“[...] (i) visa regular o procedimento; (ii) são instrumentos de adjudicação da ação principal; ou (iii) são designadas para salvaguardar o caráter judicial das Cortes e não precisa ser expressamente prevista em uma fonte jurídica (seja convencional ou geral)³⁵⁵”.

A natureza da tutela cautelar da Corte, portanto, não pode ser interpretada a partir da teoria dos poderes inerentes. Primeiramente, porque existe uma norma pactícia que concede poder a Corte para adotar a tutela cautelar – artigo 41.

Em um segundo momento, é necessário compreender o funcionamento de todo o processo jurídico perante a Corte. Como já analisado no capítulo primeiro, o fundamento para resolução dos litígios da Corte é consensual, conforme previsão estatutária no artigo 36.

Como destaca Gaeta, sempre que o exercício desse poder, seja de adotar medidas cautelares, seja para reconhecer a existência de uma disputa simplesmente para salvaguardar a sua natureza judicial, ou analisar a sua própria competência, motivar um impacto que excedem as previsões do tratado institutivo, a Corte não irá se auto reconhecer como autorizada a exercer o poder em questão³⁵⁶.

Por mais que para a teoria jusnaturalista³⁵⁷ pareça impossível limitar todo o funcionamento da justiça à vontade dos Estados, a Corte

³⁵⁵ “[...] *aim at regulating the proceedings, or (ii) are instrumental in the adjudication of the main claim, or (iii) are designed to safeguard the judicial character of courts, do not need to be expressly provided by a specific legal source (be it conventional or general)*”. GAETA, P. **The Inherent Powers of International Courts and Tribunals**, 2003, p. 368.

³⁵⁶ GAETA, 2003.

³⁵⁷ Perpassando os pensamentos dos principais nomes do Direito Internacional, Francisco de Vitória e Hugo Grotius, no início do século XVII, nasce a escola naturalista de Samuel Pufendorf (1632-1694) que identificava o Direito Internacional como um sistema fundamentalmente moralista. O renascimento da teoria natural ocorreu durante as Convenções de Genebra, em 1864, tratando da “humanização” nos conflitos entre Estados. A teoria ganhou uma nova roupagem a partir de uma concepção mais sociológica representada por Geny e Duguit, ao discutir a definição do direito natural em termos históricos, sociais, físicos para dominar a sociedade em como ela opera, não aspirando uma moral divina ou utópica. A teoria ganhou mais força após a experiência nazista, na medida em que teve um aumento crescente da população preocupada com a ideia de uma justiça internacional. A partir desse quadro, inúmeras instituições de Direito Internacional, bem como, princípios e ideias estão enraizadas em questões éticas das normas jurídicas. Destaca-se o desenvolvimento dos Direitos Humanos. SHAW, M. **International law**, 2003.

representa um modelo de adjudicação que reflete o século XIX, e impor determinadas condutas aos Estados pode suscitar mais efeitos negativos que positivos.

Interpretar a tutela cautelar somente como uma questão de procedimento não reflete o seu papel no âmbito internacional. A necessidade de analisar a condição do *fumus boni iuris* dos direitos a serem tutelados demonstra que a interpretação da teoria dos poderes inerentes não é a resposta para compreender a natureza da tutela cautelar da Corte Internacional de Justiça.

Já a doutrina com base no consentimento afirma que as medidas cautelares somente podem ser adotadas após a Corte analisar se possui jurisdição plena, tanto *ratione materiae* e *ratione personae*.

Se por um lado, a teoria dos poderes inerentes, sem dúvidas, garante a efetividade da tutela jurisdicional, pois concede uma resposta rápida diante da urgência e o perigo de dano irreparável ao direito material envolvido na disputa, por outro lado, infringe a liberdade dos Estados e a sua soberania sem que estes tenham consentido.

Contrariamente, a doutrina que defende que a natureza da tutela cautelar depende necessariamente do consentimento limita e torna o remédio tutelar ineficaz, afinal, o propósito da tutela cautelar é dar uma resposta rápida em virtude da demora excessiva do processo judicial.

A teoria com base no consentimento reflete o procedimento que deve ser seguido na arbitragem internacional, não em um órgão jurisdicional de caráter permanente.

Em outras palavras, se na arbitragem internacional, as partes têm a possibilidade de escolher os árbitros, a competência do tribunal, a lei aplicável e os procedimentos a serem seguidos, com a criação de um órgão permanente, as partes, ao assinarem o tratado constitutivo da organização internacional, automaticamente reconheceram todas as previsões estabelecidas na Carta e no Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A disputa será resolvida por terceiros que já foram nomeados de acordo com as regras da instituição, com os procedimentos processuais pré-estabelecidos, tanto os procedimentos incidentais e bem como sobre o mérito da disputa.

Isso não significa afirmar que a Corte é um órgão de adjudicação obrigatória. O fato de existir um Estatuto e os Estados ao assinarem a Carta da São Francisco reconhecer a CIJ como órgão jurídico de solução de controvérsias internacionais diz respeito apenas às normas previstas no Estatuto. O princípio do consentimento continua prevalecendo como

instrumento necessário diante da criação do conceito de soberania estatal.

Esse consentimento diz respeito ao mérito das disputas, não aos procedimentos incidentais. Isso significa que, “[...] o acordo entre as partes da disputa é um pré-requisito a adjudicação do mérito. O consentimento das partes que uma Corte internacional deve decidir o caso é suficiente ao conferir a jurisdição [...]”³⁵⁸.

Conclui-se, deste modo, que a jurisdição plena sobre o mérito não pode ser analisada como requisito indispensável para a adoção das medidas cautelares. Esse posicionamento reflete o procedimento da arbitragem, não de um órgão permanente já constituído que possui estabelecido um Estatuto e as Regras de procedimento definindo as diretrizes de seu funcionamento.

3.2.2 Tutela cautelar como instrumento processual ou fonte de jurisdição?

O dilema entre jurisdição no mérito e competência da Corte Internacional de Justiça em matéria de tutela cautelar sempre foi uma questão delicada, uma vez que, o que está em jogo, por um lado, é a efetividade da tutela jurisdicional, e de outro, o princípio da soberania estatal em respeito ao livre consentimento da jurisdição internacional.

Como discutido ao longo do trabalho, a Corte, antes de adotar medidas cautelares, deve verificar se existe risco de danos irreparáveis, urgência do pedido, a análise da possibilidade das partes não agravar ou estender a disputa, e, não menos importante, a presença do *fumus boni iuris*.

Também foi analisado o efeito das medidas cautelares, após 2001, com a decisão da Corte concedendo efeito vinculante às medidas e a possibilidade de responsabilizar os Estados por sua violação.

O item anterior descreveu as limitações tanto da teoria do poder inerente e com base no consentimento. O que resta é compreender e esclarecer sobre alguns pontos conexos: o poder do artigo 41 de a Corte indicar medidas cautelares, a teoria com base no Estatuto e a jurisdição sobre o mérito.

³⁵⁸ “[...] *the agreement of the parties to the dispute is the prerequisite to adjudication on the merits. The consent of the parties that an international court shall decide the case is sufficient to confer jurisdiction*”. ROSENNE, S. **The law and practice of the International Court of Justice, 1920-1996**. Vol. II, Jurisdiction, 1996, p. 563

A pergunta que permanece é; qual a relação entre a jurisdição do mérito e as medidas cautelares?

Em suma, as medidas cautelares não são uma questão meramente processual, ao mesmo tempo, não se pode afirmar que não possuem este elemento. O fato de possuir a característica de procedimento incidental as torna, inevitavelmente, uma questão processual. Mas mais que processual, as medidas são uma questão de competência. Competência da Corte ter capacidade de indicá-las, e, posteriormente, decidir sobre o mérito do caso. Isso pressupõe a sua autoridade jurisdicional.

Essa autoridade é determinada pelo consentimento ao Estatuto. Isso explica porque a Corte possui o poder de adotar medidas cautelares. No entanto, a natureza cautelar é um pouco mais complexa e não pode ser apresentada somente com o consentimento ao Estatuto, em virtude dos limites discutidos do capítulo segundo.

Enquanto o poder de adotar medidas deriva do artigo 41 e, conseqüentemente, do Estatuto, a natureza da tutela cautelar, ou, a natureza do artigo 41, como destaca Danielle, constitui uma norma atributiva de competência não parece uma realidade discutível³⁵⁹

[...] diferentemente do que ocorre no julgamento final, a verificação da competência principal é efetuada, no procedimento nos termos do artigo. 41, em termos puramente sumários e provisórios, utilizando o critério da 'competência possível'. Quando indica medidas cautelares a Corte não definiu com alguma certeza em relação a competência principal. [...] O Art. 41 representa, ao menos a fonte que permite a Corte uma extensão provisória da própria competência. Inverdade o art. 41 permite o exercício excepcional de um poder do tipo jurisdicional, aquele de indicar medidas cautelares, em situações em que a Corte deve ser impedida de agir, não tendo ainda definido a competência principal³⁶⁰.

³⁵⁹ DANIELE, 1993, p. 60.

³⁶⁰ “[...] a differenza di quanto avviene nella sentenza definitiva, la verifica della competenza principale viene effettuata, nei procedimenti ai sensi dell art. 41, in termini puramente sommari e provvisori, utilizzando il criterio della 'competenza possibile'. quando indica misure cautelari, la Corte non ha dunque raggiunto alcuna certezza riguardo alla sua competenza principale. [...] l’art. 41 rappresenta [...] almeno la fonte che consente alla Corte un’estensione

A tese segundo o qual a existência da jurisdição *prima facie* como uma das circunstâncias necessárias para adoção das medidas, para Daniele, é perplexa³⁶¹. A possibilidade da jurisdição *prima facie* é uma condição prévia do exame se os requisitos para adoção das medidas existem³⁶².

A adoção da tutela cautelar em casos que não existe nenhuma possibilidade da existência de jurisdição principal é um exercício, em um primeiro momento, inútil, porque objetiva proteger provisoriamente direitos que posteriormente a Corte não poderá pronunciar-se³⁶³. Em um segundo momento, pode ser interpretado pelo Estado réu das medidas, um excesso de poder, afinal os Estados não consentiram com a jurisdição da Corte, e, em terceiro lugar, diante desta situação a Corte poderá remover o caso da lista por ausência de jurisdição *prima facie*³⁶⁴.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a natureza da tutela cautelar depende da existência da competência possível sobre o mérito do caso³⁶⁵. Mesmo que o artigo 41 não presuma o requisito da existência de jurisdição sobre o mérito a construção dos requisitos para adoção das medidas cautelares e o efeito vinculante que estas possuem exige essa pré-condição.

A adoção por parte da Corte do requisito do *fumus boni iuris* torna esse posicionamento ainda mais evidente. O objetivo é diminuir ao mínimo o risco de tutelar direito que, posteriormente, não poderá julgar o mérito da disputa ou criar obrigações infringindo o princípio da soberania estatal.

Por mais que houve uma evolução em relação à arbitragem internacional, em tribunais permanentes, o consentimento ainda permanece requisito indispensável da adjudicação internacional.

provvisoria della propria competenzaa. invero l'art. 41 permette l'esercizio eccezionale di un potere di tipo giurisdizionale, qual è quello di indicare misure cautelari, in situazioni in cui alla Corte dovrebbe esse precluso de agire, non essendo stata ancora accertata la competenzaa principale". DANIELE, L. **Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia**, 1993, p.60.

³⁶¹ DANIELLE, 1993.

³⁶² ICJ Reports, Order Provisional Measures, Separate Opinion Judge Mosler, 1976, p. 25

³⁶³ DANIELE, 1993.

³⁶⁴ ICJ Reports, 1999.

³⁶⁵ DANIELE, 1993.

O equilíbrio encontrado para garantir o efeito almejado pelo remédio tutelar, qual seja, proteção de direitos *pendente lide* é garantindo, ao mesmo tempo, que a soberania estatal também.

Os Estados têm consciência de que no procedimento da tutela cautelar, o estabelecimento da base *prima facie* é o suficiente para que se sintam obrigados a respeitar as ordens e que a jurisdição do mérito será realizada em um momento posterior³⁶⁶.

Esse fundamento foi adotado pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Segundo a previsão estatutária, a tutela cautelar será adota mediante a existência da jurisdição *prima facie* sobre o mérito³⁶⁷.

3.2.3 A origem do termo *prima facie*

Uma vez que a medida cautelar objetiva enfrentar diversos e iminentes perigos que podem surgir em virtude do tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal, não é possível admitir atrasos na decisão da Corte, nem mesmo quando se trata da questão da jurisdição³⁶⁸.

Esse foi o posicionamento do Presidente da Corte, Jiménez de Aréchaga, no caso “Plataforma Continental do mar Egeu”.

[...] A justificativa essencial para a impaciência de um tribunal na concessão de alívio antes de ter chegado a uma decisão final sobre a sua competência de mérito é que a ação de uma Parte, ‘pendente lide’ pode causar ou ameaçar um dano aos direitos da outra parte de tal natureza que não seria possível restaurar plenamente esses direitos,

³⁶⁶ GAETA, 2000.

³⁶⁷ ARTIGO 290 - Medidas cautelares 1. Se uma controvérsia tiver sido devidamente submetida a uma corte ou tribunal que se considere, *prima facie*, com jurisdição nos termos da presente Parte ou da seção 5 da Parte XI, a corte ou tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os direitos respectivos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho, até decisão definitiva.

³⁶⁸ GAETA, 2000.

ou, remediar a violação dos mesmos simplesmente por uma sentença a seu favor [...] ³⁶⁹.

Se por um lado urgência na preservação dos direitos das partes é uma das condições para a adoção da tutela cautelar, o poder de “[...] exercer uma competência cautelar em situação em que a jurisdição é incerta pode encontrar uma legitimação normativa em circunstâncias que aquela competência repousa em um fundamento jurídico *diverso* [...] ³⁷⁰” em relação ao mérito.

Em opinião dissidente, os juízes Badawi e Winiarski interpretaram que existe a necessidade de verificar a jurisdição sobre o mérito antes de indicar medidas cautelares no caso “Petróleo Anglo-Iraniano”.

[...] O poder dado à Corte pelo artigo 41 não é incondicional; é dado para os efeitos de procedimento e é limitado a estes. Se não houver jurisdição quanto ao mérito, não pode haver jurisdição para indicar medidas cautelares. [...] Temos dificuldade em aceitar a ideia de que, se, *prima facie*, a total falta de jurisdição da Corte não é patente, ou seja, se há uma possibilidade, embora remota, de que a Corte poderá ser competente, então esta pode indicar medidas cautelares de proteção ³⁷¹ [...].

³⁶⁹ “[...] *the essential justification for the impatience of a tribunal in granting relief before it has reached a final decision on its competence and on the merits is that the action of one party "pendente lite" causes or threatens a damage to the rights of the other, of such a nature that it wouldn't be possible fully to restore those rights, or remedy the infringement thereof, simply by a judgment in its favour.* [...]”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Separate Opinion Judge Jiménez de Aréchaga, 1976, p. 16-17.

³⁷⁰ “[...] *di esercitare una competenza cautelare in situazioni in cui la giurisdizione è incerta può trovare una legittimazione normativa nella circostanza che quella competenza riposa su un fundamento giuridico diverso* [...]”. GAETA, P. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**, 2000, p. 99.

³⁷¹ “[...] *The power given to the Court by Article 41 is not unconditional it is given for the purposes of the proceedings and is limited to those proceedings. If there is no jurisdiction as to the merits, there can be no jurisdiction to indicate interim measures of protection. [...] We find it difficult to accept the view that if prima facie the total lack of jurisdiction of the Court is not patent, that is, if*

A Corte adotou as medidas cautelares solicitadas neste caso, e no julgamento do mérito estava diante de uma situação embaraçosa, pois, constatou que não possuía jurisdição para decidir o mérito do caso. Diante de tal resultado, novas teorias foram desenvolvidas pelos juízes da Corte no sentido de evitar novos casos como este.

Destaca-se a teoria do juiz Lauterpacht em sua opinião individual no caso “Interhandel”³⁷², ao afirmar que a Corte não pode agir na adoção da tutela cautelar sem perspectiva de jurisdição no mérito.

[...] Uma coisa é afirmar que a ação da Corte nos termos do artigo 41 do Estatuto, de modo algum, não prejudica a questão da sua competência no mérito e que a Corte não precisa assegurar-se que possui jurisdição no mérito ou mesmo se esta jurisdição é provável; é outra coisa afirmar que a Corte não pode agir nos termos do artigo 41 sem qualquer perspectiva da sua jurisdição no mérito e que todas as questões não decorre em conexão com o pedido de medidas cautelares.[...] A Corte pode agir nos termos do artigo 41, desde que exista um instrumento, como a declaração de aceitação da clausula facultativa, que emana das partes na controvérsia que, *prima facie*, atribui jurisdição e que incorpora não reservas que obviamente excluem sua jurisdição³⁷³ [...]

there is a possibility, however remote, that the Court may be competent, then it may indicate interim measures of protection [...]”. ICJ Reports. Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judges Badawi e Winiarski, 1951 p. 97.

³⁷²Pedido do Governo suíço no dia 2 de outubro de 1957, relativa a um controvérsia que tinha surgido no que diz respeito à alegação da Suíça para a restituição pelos Estados Unidos da América dos ativos da Companhia Interhandel. ICJ Reports, Interhandel, (Switzerland v. United States of America), 1959.

³⁷³“[...]it is one thing to say that action of the Court under Article 41 of the Statute does not in any way prejudge the question of its competence on the merits and that the Court need not at that stage satisfy itself that it has jurisdiction on the merits or even that its jurisdiction is probable; it is another thing to affirm that the Court can act under Article 41 without any regard to the prospects of its jurisdiction on the merits and that the at all question does not arise at all in connection with a request for interim measures of protection.[...] The Court may properly act under the terms of Article 41 provided that there is

A opinião individual do juiz Lauterpacht, na verdade, aprimorou alguns pontos já destacados pela opinião dissidente dos juízes Badawi e Winiarski, citadas anteriormente, referente ao caso “Companhia de Petróleo Anglo-iraniana”.

O posicionamento dos juízes citados passou a se consolidar na jurisprudência da CIJ. A disputa referente à “Jurisdição da Pesca”, na ordem das medidas cautelares, a Corte asseverou:

Considerando que um pedido para medidas cautelares a Corte não precisa, antes de indica-las, finalmente assegurar-se que possui jurisdição no mérito do caso, no entanto, não deve agir nos termos do artigo 41 do Estatuto, se a ausência de jurisdição sobre o mérito é manifesta³⁷⁴;

Este foi o primeiro caso em que a Corte se posicionou em relação à necessidade de examinar a própria competência principal no momento do procedimento de indicação de medidas cautelares³⁷⁵. Na controvérsia dos “Testes Nucleares”, a Corte destacou,

Considerando que, em um pedido de medidas cautelares, Corte não precisa, antes de indica-las, finalmente, assegurar-se de que tem jurisdição sobre o mérito do caso, e ainda não deve indicar as medidas a menos que a disposição invocada pelo Estado autor aparecer, *prima facie*, a base sobre a qual a jurisdição da Corte pode ser fundada³⁷⁶;

in existence an instrument such as a Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which prima facie confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Separate Opinion Judge Lauterpacht, 1957 p. 16-17.

³⁷⁴cc*“Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1972, p. 33§16.*

³⁷⁵ DANIELE, 1993.

³⁷⁶cc*“Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the*

A adoção das medidas cautelares pela Corte incluindo a condição da necessidade de verificar a existência da jurisdição *prima facie* da controvérsia não foi unânime. As opiniões dissidentes emanadas pelos juízes Petrán, Forster e Gros elucidam o caráter severo com que a Corte deve analisar as condições mencionadas³⁷⁷.

A partir deste caso, todos os demais sucedem, em sede do artigo 41, a uma análise da jurisdição principal antes de adotar medidas cautelares, porém, como destaca Luigi Daniele, em três níveis articulados.

Em primeiro lugar, como premissa maior, uma afirmação de caráter geral, em que são definidos, em abstrato e sem referimento ao caso em espécie, os limites da pesquisa que a Corte deve efetuar no curso de um procedimento do tipo examinado. Segue, como premissa menor, uma mais breve descrição dos títulos de competência invocados pelo Autor, e, eventualmente, dos argumentos apresentados pelo réu no sentido oposto ou arguidos de ofício. Por fim, na conclusão, a Corte decide se, a luz de tais argumentos, essa dispõe ao

case, and yet ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded". ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1973, p.101§13.

³⁷⁷Juiz Petrán afirmou: "[...] for Article 41 of the Statute to be applicable it is not sufficient for a mere adumbration of proof, considered in isolation, to indicate the possibility of the Court's possessing jurisdiction:[...] there must also be a probability transpiring from an examination of the whole of the element at the Court's disposal". ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion, pp. 126 e 161. Já o Juiz Forster declarou: "[...] Neither the provisional character of the measures nor the urgency of the requirement that they be indicated can dispense the judge from the necessity of ascertaining his jurisdiction in *limine litis*...[...]. In my view the Court does not have two distinct kinds of jurisdiction: one to be exercised in respect of provisional measures and another to deal with the merits of a case. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion, 1973, p.111. Juiz Gros arguiu: "[...] When the jurisdiction is not evident, whether there is urgency or not, the Court must take the time to needed for such an examination of the problems arising as will enable it to decide one way or another. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion, 1973, pp. 120 e 155.

menos do poder de indicar medidas cautelares no caso em espécie³⁷⁸.

Ao analisar os termos exatos que a Corte utiliza para afirmar a necessidade de verificar a existência de jurisdição *prima facie* é possível constatar divergências nas fórmulas utilizadas pela Corte. Em outras palavras, se no primeiro caso citado, (“Companhia de Petróleo Anglo-iraniana”) os juízes afirmaram que se existe uma possibilidade, mesmo que remota, a Corte deve adotar as medidas cautelares, nos casos subsequentes o conceito de constatar a existência de jurisdição *prima facie* é diversa.

No caso “Jurisdição da Pesca”, a fórmula é mais exigente, pois dispõe que o Estado autor deve demonstrar a existência de uma disposição idônea para fundamentar a presunção da jurisdição. A Corte, “[...] não deve agir nos termos do artigo 41 do Estatuto, se a ausência de jurisdição sobre o mérito é manifesta³⁷⁹”.

A adoção de medidas cautelares na disputa entre os Estados Unidos e o Irã, em 1979, no caso referente “Reféns Diplomáticos e Consulares dos Estados Unidos em Teerã”, a Corte destacou que “[...] deveria indicar tais medidas só se as disposições invocadas pelo Estado autor aparecer, *prima facie*, uma base sobre a qual a jurisdição da Corte pode ser fundada³⁸⁰”. Em 1984, no caso “Atividades militares e

³⁷⁸ “*Al primo posto figura, come premessa maggiore, un’affermazione di carattere generale, in cui vengono definiti, in astratto e dunque senza riferimento al caso di specie, i limiti dell’indagine che la Corte deve effettuare nel corso di un procedimento del tipo esaminato. Segue, come premessa minore, una più o meno breve descrizione dei titoli di competenza invocati dell’attore e, eventualmente, degli argomenti in senso contrario avanzati dal convenuto o ollevati d’ufficio. Infine, nella conclusione, la Corte decide se, alla luce di tali argomenti, essa disponga o meno del potere di indicare misure cautelari nel caso di specie*”. DANIELE, L. **Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia**, 1993, p. 30-31.

³⁷⁹ “[...] yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1972, p. 33§16.

³⁸⁰ “[...] ought to indicate such measures only if the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1979, p. 13§15.

paramilitares na e contra a Nicarágua³⁸¹”, a Corte criou uma fórmula mais elaborada.

[...] Considerando que, em um pedido de medidas cautelares, a Corte não precisa, antes de decidir se quer ou não indicá-las, finalmente, assegurar-se possui jurisdição sobre o mérito do caso, ou, conforme o caso, em que uma objeção em face da jurisdição ser bem fundamentada, não deve indicar as medidas a menos que, as disposições invocadas pelo Estado autor aparecerem, *prima facie*, uma base sobre a qual a jurisdição da Corte pode ser fundada³⁸².

Apesar das diferentes fórmulas utilizadas pela Corte nos diversos casos apresentados, o ponto central refere-se à necessidade de analisar a jurisdição do mérito como condição de adoção de medidas cautelares e que esta análise não assume um caráter definitivo e limita-se a existência de uma “competência possível” ou “competência provável”. Não se pode concluir, contudo, no que concerne de como esta possibilidade é constatada em concreto³⁸³. No que consiste a constatação *prima facie*? Qual a diferença substancial entre efetuar um juízo provisório segundo o critério “existência de jurisdição *prima facie*” ou segundo o critério “ausência não manifesta de jurisdição³⁸⁴”?

³⁸¹ Em 1984, a Nicarágua ajuizou demanda perante a Corte em face dos Estados Unidos sobre a responsabilidade pela prática de atividades militares na e contra a Nicarágua pelos Estados Unidos, pelo uso indevido da força e respeito ao princípio da soberania e não ingerência nos assuntos internos. ICJ Reports, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986.

³⁸² “[...]Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1984, p. 179§24.

³⁸³ SZTUCKI, 1983.

³⁸⁴ GAETA, 2000.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA REFERENTE À JURISDIÇÃO *PRIMA FACIE*³⁸⁵

A análise da “competência possível” da Corte em sede de tutela cautelar tem como elemento principal a provisoriedade. Esta provisoriedade está implícita quando a Corte afirma que não precisa “finalmente assegurar-se que possui jurisdição no mérito” seguida pela clausula de “não prejuízo” em relação à análise da jurisdição que será feita no momento das objeções preliminares.

Como demonstrado anteriormente, a Corte utilizou diversas fórmulas cujo objetivo era determinar a possível jurisdição *prima facie* no caso antes de adotar as medidas cautelares, no entanto, a fórmula utilizada por esta no caso dos “Testes Nucleares”, é denominada como a fórmula *standard*³⁸⁶.

A evolução da jurisprudência da Corte pode ser analisada partindo do caso “Interhandel”, Suíça v. Estados Unidos da América. A Corte ainda não havia determinado claramente a necessidade de examinar a jurisdição principal antes de adotar medidas cautelares.

Já no caso “Jurisdição da Pesca”, em 1972, a Corte sustentou que ao examinar um pedido de medidas cautelares, “[...] Não é necessário, finalmente, assegurar-se de que possui jurisdição do mérito do caso, no entanto, não deveria agir nos termos do artigo 41 do Estatuto, se a ausência de jurisdição sobre o mérito é evidente³⁸⁷”.

³⁸⁵ Os casos selecionados para analisar a aplicação da jurisprudência *prima facie* foram selecionados por apresentarem-se como paradigmáticos.

³⁸⁶ Essa formula foi utilizada nos casos seguintes: *Arbitral Award of 31 July 1989, Provisional Measures, Order of 2 March 1990*. I. C. J. Reports 1990, pp. 68-69; *Passage through the Great Belt (Finland V. Denmark)*, provisional measures. Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 17; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 11, and Order of 13 September 1993, *ibid.* pp. 16- 17 ; *Land und Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria. Provisional Measures, Order of 15 March 1996*. I. C.J. Reports 1996 (I), p. 12; *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C.J. Reports 1998, p. 255, para. 23; and *LaGrand, Provisional Measures, Order of 3 March 1999*, I. C. J. Reports 1999, p. 13, para. 13).

³⁸⁷ “[...] finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest”. *ICJ Reports, Order Provisional Measures, Order Provisional Measures, 1972*, p. 33 §16.

No ano seguinte o caso dos “Testes Nucleares” a Corte adotou uma nova fórmula, como ressalvado alhures, fórmula modelo. Segundo a Corte,

Considerando que, em um pedido de medidas cautelares a Corte não precisa, antes de indicar-las finalmente assegurar-se de que tem jurisdição sobre o mérito do caso, e ainda assim não deveria indicar tais medidas a menos que a disposição invocada pelo Estado autor aparecer, *prima facie*, para proporcionar uma base sobre a qual a jurisdição da Corte poderia ser fundada³⁸⁸;

Como destaca Paola Gaeta, a análise do requisito da existência da jurisdição sobre o mérito não foi realizada do mesmo modo que o caso precedente. Se no primeiro caso a Corte destacou que, para o fim de indicar medidas cautelares, era necessário “a ausência de jurisdição do mérito” não fosse evidente. No segundo caso, a adoção das medidas cautelares deve ser precedida de uma análise mais rigorosa sobre a questão da jurisdição³⁸⁹.

A direção tomada pela Corte no caso dos “Testes Nucleares”, já discutida nas opiniões dissidentes dos juízes Winiarski, Padawi Pasha e Lauterpach, foi seguida praticamente igual nos casos seguintes e “[...] precisou que a adoção de medidas cautelares está sujeita à existência de um título que permite, *prima facie*, a instauração do processo principal³⁹⁰”.

Nos demais casos a Corte utilizou fórmula *standart* do caso dos “Testes Nucleares”. No entanto, a CIJ não posicionou-se claramente sobre duas questões: primeira, no que consiste a verificação *prima facie* de jurisdição? Por que na maioria dos casos a Corte utilizou a fórmula

³⁸⁸ “Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, and yet ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Order Provisional Measures, 1973, p.101,§13.

³⁸⁹ GAETA, 2000, p. 105.

³⁹⁰ “[...]ha precisato che l'adozione di misure cautelari è subordinata all'esistenza di un titolo che consenta *prima facie* l'instaurazione del giudizio principale”. GAETA, P. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**. 2000, p. 107.

da jurisdição *prima facie* e em algumas ordens posicionou-se no sentido da existência manifesta de jurisdição?

Nos casos atinentes a “Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio” e “Legalidade do Uso da Força” podem ser considerados como os casos mais difíceis e emblemáticos no que tange a este requisito.

Em 20 de março de 1993, a Bósnia e Herzegovina ajuizou demanda perante a CIJ com fundamento de que a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) haviam violado os artigos Os artigos 1, II (a), II (b), II (c), II (d), III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), e IV V da Convenção de Genocídio. Juntamente com a petição inicial, o Estado autor realizou pedido para adoção das medidas cautelares e justificou a jurisdição da Corte no artigo IX³⁹¹ da Convenção.

A análise da jurisdição *prima facie* realizada pela Corte foi cautelosa, uma vez que no momento do ajuizamento da ação o Estado da Iugoslávia já havia se desintegrado.

Considerando que, em um pedido de medidas cautelares, a Corte não precisa, antes de decidir se irá indicá-las ou não, finalmente, assegurar-se de que tem jurisdição sobre o mérito do caso, no entanto, não deve indicar as medidas a menos que as disposições invocadas pelo Estado autor, ou encontrados no Estatuto aparecer, *prima facie*, uma base sobre a qual a jurisdição da Corte seja estabelecida; Considerando que esta análise abrange tanto jurisdição *ratione personae* e *ratione materiae*, muito embora, na medida em que quase todos os Estados são hoje partes do Estatuto da Corte, e, em geral, apenas a última requer que seja considerada³⁹².

³⁹¹ 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.

³⁹² “Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant or found in the Statute appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be established; whereas this consideration embraces jurisdiction both *ratione*

A jurisdição *ratione personae*, no entanto, neste caso foi debatida, em decorrência da desintegração do Estado Iugoslavo. O pedido da Sérvia e Montenegro continuarem automaticamente como membros da antiga República Federal Socialista da Iugoslávia nas Nações Unidas, assumindo as obrigações advindas da Convenção, não foi reconhecido pela maioria pela maioria dos Estados membros da organização³⁹³.

Tendo em vista a não aceitação por parte da maioria dos membros, a Corte recomendou que a Assembleia Geral decidisse se a República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) deveria se candidatar a membro das Nações Unidas.

A resolução de 47/1 adotada pela Assembleia Geral declarou que os Estados devem se candidatar a Membro das Nações Unidas, no entanto, a adoção da resolução deixou ambígua a questão de até que ponto a Servia e Montenegro poderiam ser consideradas como sucessoras da antiga Iugoslávia, uma vez que a limitação da participação dos Estados ocorreu somente na Assembleia Geral, mas concedeu a liberdade de participar de outros órgãos da ONU³⁹⁴.

A Corte destacou que, tendo em vista a dificuldade jurídica de que se a Iugoslávia é ou não membro das Nações Unidas e, portanto, parte do Estatuto, não existe a necessidade de ser determinada definitivamente neste estágio do procedimento e, [...] Considerando que o artigo 35 do Estatuto, prevê que a Corte poderá estar aberta

*personae and rationemateriae, even though, inasmuch as almost all States are today parties to the Statute of the Court, it is in general only the latter which requires to be considered". ICJ Reports. Order Provisional Measures, 1993, §80*³⁹³ CIJ, 1993.

³⁹⁴ ICJ Reports, 1993. “[...]should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly and nameplate remain as before, but in Assembly bodies representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot sit behind the sign 'Yugoslavia'. Yugoslav missions at United Nations Headquarters and offices may continue to function and may receive and circulate documents. At Headquarters, the Secretariat will continue to fly the flag of the old Yugoslavia as it is the last flag of Yugoslavia used by the Secretariat. The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies”. Resolução Assembleia Geral, 47/I. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7305.pdf> >.

a outras partes do Estatuto, [...]’2. As condições em que a Corte estará aberta a outros Estados devem estar sujeita a previsões especiais contidas em tratados em vigor, ser estabelecida pelo Conselho de Segurança, mas em nenhum caso, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte’.

[...] a Corte considera, portanto, que o processo pode ser validamente instituído por um Estado contra um Estado que seja parte dessa disposição especial em um tratado em vigor, mas não é parte do Estatuto, e independentemente das condições estabelecidas pela Segurança Conselho, na sua resolução de 9 de 1946 (cf. SS ‘Wimbledon’, de 1923, PCIJ, Série a, n ° 1, p. 6), e que uma cláusula compromissória em uma convenção multilateral, como o artigo IX da Convenção sobre Genocídio, invocada pela Bósnia-Herzegovina, no presente caso, poderia, na opinião da Corte, ser considerada *prima facie* como uma disposição especial contida em um tratado em vigor; que, por conseguinte, se a Bósnia Herzegovina e Iugoslávia são ambas as partes da Convenção do Genocídio, os litígios previstos no artigo IX se encontram em qualquer evento, *prima facie*, dentro da jurisdição *ratione personae* da Corte³⁹⁵.

³⁹⁵ “Whereas Article 35 of the Statute, after providing that the Court shall be open to the parties to the Statute, continues [...] 2. The conditions under which the Court shall be open to other States shall, subject to the special provisions contained in treaties in force, be laid down by the Security Council, but in no case shall such conditions place the parties in a position of inequality before the Court”. [...] 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 present 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*

Estabelecida a jurisdição *ratione personae*, a Corte passou para a análise da jurisdição *ratione materiae*, sendo esse ponto novamente controverso. Como mencionado acima, o artigo IX da Convenção contra o Genocídio foi o embasamento da jurisdição *ratione materiae*. A República Socialista da Iugoslávia ratificou a Convenção de Genocídio sem nenhuma reserva em 1950. Segundo a interpretação da Corte, os dois Estados na presente disputa, Sérvia e Montenegro, eram partes do antigo Estado Iugoslávo, e ao declarar-se independente em 1992, afirmaram que cumpririam todos os compromissos internacionais que a antiga República Socialista havia assumido.

[...] ao decidir se indica as medidas cautelares, a Corte está preocupada não tanto com o passado quanto com o presente e com o futuro; que, nesse sentido, mesmo que a sua jurisdição sofre com a limitação do tempo afirmado pela Iugoslávia - que não precisa decidir agora- isso não necessariamente é um impedimento para o exercício da sua jurisdição nos termos do artigo 41 do Estatuto³⁹⁶.

Novamente a Corte mencionou a cláusula de não prejuízo, explicando que não realizou definitivamente a imputabilidade dos fatos, evidenciando que as partes podem arrazoar novos argumentos em relação à jurisdição que será definida quando irá ocorrer o julgamento do mérito.

A interpretação da jurisdição tanto *ratione personae e materiae* foi extensiva e flexível por parte da Corte como foi possível constatar. Se nos primeiros casos foi possível perceber uma interpretação simples da previsão normativa, nesse último, o que pareceu foi que a Corte utilizou todos os meios possíveis para indicar as medidas solicitadas pelo Estado autor.

personae of the Court". ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1993, p. 15§19.

³⁹⁶[...]whereas the Court, in deciding whether to indicate provisional measures is concerned, not so much with the past as with the present and with the future; whereas, accordingly even if its jurisdiction suffers from the temporal limitation asserted by Yugoslavia - which it does not now have to decide - this is not necessarily a bar to the exercise of its powers under Article 41 of the Statute". ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1993, p. 16§25.

Se a construção dos requisitos para a adoção das medidas cautelares foi sempre no sentido de garantir o respeito à soberania estatal e vincular o bem jurídico tutelado ao processo principal, o precedente que a Corte criou nesse caso ensejou inúmeras críticas, tanto nas opiniões dissidentes emanadas pelos juízes, bem como, pela doutrina internacionalista, pois criou como precedente a possibilidade de uma análise mais branda.

A disputa “Legalidade do Uso da Força” ajuizada pela Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) versus os dez Estados da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) – Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Holanda, Portugal, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América, foi o único caso, até agora, que a Corte não indicou medidas cautelares em virtude de ausência da jurisdição *prima facie*.

O caso refere-se ao bombardeio feito pela OTAN em Kosovo, que teve início em março de 1999 e encerrou em junho do mesmo ano. Em 25 de abril de 1999, a Iugoslávia depositou a declaração de aceitação da jurisdição compulsória da Corte referente a todas as disputas decorrentes ou que possam surgir após o seu depósito concernente a fatos ou situações subsequentes a declaração³⁹⁷ e três dias após institui procedimento em face dos dez Estados acima referidos.

Para melhor compreender o caso, far-se-á uma divisão em três grupos de acordo com os fundamentos utilizados pelas partes como base para a jurisdição *prima facie*.

A Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) ajuizou a demanda em 29 de abril de 1999. Na disputa contra Bélgica o fundamento da jurisdição da Corte foi o artigo IX da Convenção contra o Genocídio e a cláusula opcional de jurisdição de acordo com o artigo 36 §2º. Assim como os casos contra Canadá, Holanda, Portugal, Espanha e Reino Unido.

Conforme jurisprudência tanto da Corte Permanente de Justiça Internacional, como da atual Corte, e como mencionado no capítulo I deste trabalho, a clausula opcional de jurisdição obrigatória está limitada aos membros partes do Estatuto e a reciprocidade. O argumento utilizado pela Bélgica é que realmente realizou o depósito da clausula opcional, ainda em 1948, no entanto, conforme resolução da Assembleia Geral da ONU, 47/1, citada acima, a “[...] República Federal da Iugoslávia não é o Estado sucessor da antiga República Socialista Federativa da Iugoslávia ‘como membro das Nações Unidas, não

³⁹⁷ROSENNE, 2005.

aceitou devidamente à Organização', conseqüentemente, a Iugoslávia, não é parte do Estatuto³⁹⁸."

A Corte destacou que ao analisar a conclusão do argumento arguido pelo Estado Belga não há necessidade de considerar esta questão como embasamento se adota ou não medidas cautelares. Em outras palavras, a Corte preferiu não utilizar esse argumento como parâmetro para adotar ou não as medidas cautelares, visto a situação de ambigüidade que a resolução gerou na comunidade internacional³⁹⁹.

O outro ponto suscitado como base para a jurisdição foi o artigo IX da Convenção de Genocídio. Segundo o raciocínio da Corte, o artigo IX serve como base para disputas envolvendo violação da Convenção quando se refere a genocídio conforme dispõe o artigo II⁴⁰⁰.

Considerando que parece a Corte, a partir desta definição, de que a essencial característica [de genocídio] é a destruição total de 'um grupo nacional, étnico, racial ou religioso' (Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição Crime de Genocídio, Medidas Provisórias, ordem de 13 de Setembro de 1993, CIJ,1993, p 345, parágrafo 42); Considerando que a ameaça ou uso da força contra um Estado não pode constituir em si mesma um ato de genocídio na acepção do artigo II da Convenção sobre Genocídio; e que, na opinião da Corte, não aparece no atual estágio do processo que os bombardeios que são objeto do pedido da Iugoslava 'de fato implicam no elemento de intenção, no sentido de um grupo

³⁹⁸ "[...]the Federal Republic of Yugoslavia is not the continuator State of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia" as regards membership of the United Nations, and that, not having duly acceded to the Organization, Yugoslavia is in consequence not a party to the Statute of the Court". ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p.136, §32.

³⁹⁹ ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999.

⁴⁰⁰ Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional. Étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

como tal, exigido pelo dispositivo acima citado' (. Legalidade 'Ameaça ou Uso de Armas Nucleares Opinião Consultiva, CIJ, 1996 (I), p 240, 26); Considerando que a Corte não está em condições de afirmar, nesta fase do processo, que os fatos imputados pela Iugoslávia em face do estado réu, são capazes de serem abrangidos pelas disposições contidas na Convenção de Genocídio; e que o artigo IX da Convenção, invocado pela Iugoslávia, não pode constituir, assim, uma base sobre a qual a jurisdição da Corte, *prima facie*, pode ser fundamentada neste caso⁴⁰¹.

Um argumento interessante foi argüido pelo advogado do Estado autor. O fato de que havia uma disputa concernente a interpretação e aplicação da Convenção por si fundamentavam a jurisdição da Corte. Ou seja, o que se discutia é se o ataque poderia ou não caracterizar um genocídio, e, como para o Estado autor tratava-se de uma afirmação positiva, cabia a Corte analisar no mérito se realmente era um genocídio ou não. O ônus de comprovar, neste caso, não foi do Estado Réu⁴⁰².

O raciocínio da Corte em relação ao caso envolvendo o Canadá, Portugal e Holanda foi exatamente o mesmo, conforme é possível

⁴⁰¹ "Whereas it appears to the Court, from this definition, "that [the] essential characteristic [of genocide] is the intended destruction of 'a national, ethnical, racial or religious group'" (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. I. C. J. Reports 1993 p. 345, para. 42); whereas the threat or use of force against a State can not in itself constitute an act of genocide within the meaning of Article II of the Genocide Convention; and whereas, in the opinion of the Court, it does not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application "indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by the provision quoted above" (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1996 (I), p. 240, para. 26); Whereas the Court is therefore not in a position to find, at this stage of the proceedings, that the acts imputed by Yugoslavia to the Respondent are capable of coming within the provisions of the Genocide Convention; and whereas Article IX of the Convention, invoked by Yugoslavia, cannot accordingly constitute a basis on which the jurisdiction of the Court could *prima facie* be founded in this case". ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p. 138§§40 e 41.

⁴⁰² OBATA, 2002.

perceber nas ordens da Corte em medidas cautelares⁴⁰³. Em relação à Alemanha, França e Itália além de arguir como base da jurisdição *prima facie* o artigo IX da Convenção sobre Genocídio em que a Corte repetiu exatamente os mesmos termos referente ao Canadá, Portugal e Holanda, em face destes Estados, a Iugoslávia, também utilizou como base o artigo 38§5, referente ao *forum prorogatum*. A Corte assim se manifestou,

Considerando que a Alemanha sustenta que o artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento da Corte é sem efeito, neste caso, porque a Alemanha não aceitou a proposta da Iugoslávia para fundar a jurisdição da Corte em cima de um consentimento a ser dada de acordo com esse artigo. Considerando que é bastante claro que, na ausência de consentimento da Alemanha, proferida nos termos do artigo 38, parágrafo 5, do Regimento, a Corte não pode exercer jurisdição no presente caso, mesmo *prima facie*⁴⁰⁴.

Nestes exatos termos, a Corte repetiu a ordem na disputa referente à França e a Itália. Já em face da Espanha e Reino Unido, o raciocínio da Corte foi diverso em virtude de uma reserva feita pelos Estados em relação a clausula facultativa de jurisdição obrigatória⁴⁰⁵.

De acordo com os termos presentes no subparágrafo 3º do primeiro parágrafo da declaração do Reino Unido;

[...] (iii) Disputas a respeito às quais qualquer outra Parte da disputa tenha aceitado a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça somente em relação a ou para o propósito da disputa; ou onde a aceitação da jurisdição

⁴⁰³ Ver parágrafos 33 e seguintes, parágrafos 21 e seguintes, e parágrafos 31 e seguintes, respectivamente.

⁴⁰⁴ “Whereas Germany contends that Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court is without effect in this case, because Germany does not accept Yugoslavia's proposal to found the jurisdiction of the Court upon a consent to be given in accordance with that Article. Whereas it is quite clear that, in the absence of consent by Germany, given pursuant to Article 38, paragraph 5, of the Rules, the Court cannot exercise jurisdiction in the present case, even *prima facie*”. CIJ ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p. 432, §§30 e 31.

⁴⁰⁵ ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999.

obrigatória da Corte, em nome da qualquer outra Parte da disputa, foi depositado ou ratificado menos de doze meses anterior à apresentação demanda perante a Corte⁴⁰⁶.

Tendo em vista que a Iugoslávia realizou o depósito poucos dias antes de ajuizar a demanda, a Corte concluiu que “[...] as declarações feitas pelas partes nos termos do artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto manifestamente não pode constituir uma base de jurisdição no caso presente, mesmo *prima facie*”⁴⁰⁷.

A ordem das medidas referente ao Estado Espanhol foi exatamente nos mesmos termos, com o acréscimo de alguns pontos em virtude da argüição pelo Estado Iugoslavo de outras bases jurisdicionais. Além da clausula facultativa, o Estado autor também invocou o artigo IX da Convenção de Genocídio e o artigo 38§5º (*forum prorogatum*). No entanto, a Espanha possuía uma reserva em relação ao IX da Convenção.

Segundo a interpretação da Corte, o artigo manifestamente não constitui o fundamento para a base da jurisdição *prima facie*. Com relação ao *forum prorogatum*, o posicionamento da Corte foi o mesmo que nos casos entre Alemanha, França e Portugal.

Na disputa contra os Estados Unidos, principal autor dos ataques em Kosovo e comandante protagonista dos eventos, o caso assumiu uma importância que vai além dos demais Estados réus. No entanto, a recusa no pedido de medidas cautelares ocorreu como nos demais casos, em específico pela reserva que este possui em relação ao artigo IX da Convenção.

Em referência ao artigo IX da Convenção, antes de qualquer disputa em que os Estados Unidos são

⁴⁰⁶ “[...] (iii) disputes in respect of which any other Party to the dispute has accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice only in relation to or for the purposes of the dispute; or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p.835§23.

⁴⁰⁷ “[...]the declarations made by the Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute manifestly cannot constitute a basis of jurisdiction in the present case, even *prima facie*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p.836§25.

parte que poderá ser submetida à jurisdição da Corte Internacional de Justiça conforme prevê o artigo, o específico consentimento dos Estados Unidos é requerido em cada caso⁴⁰⁸.

A afirmação da Corte foi que o artigo “[...] manifestamente não constitui a base para a jurisdição da Corte no presente caso, mesmo *prima facie*⁴⁰⁹.” Em todas as ordens de medidas cautelares, os juízes emanaram opiniões dissidentes ou separadas em relação ao posicionamento da Corte na análise da jurisdição *prima facie*.

O Juiz Vereshchetin, em sua opinião dissidente, concentrou-se na ordem das medidas cautelares envolvendo a Bélgica, Canadá, Holanda e Portugal. Segundo sua opinião, realmente a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória não poderia ser utilizada como fundamento da jurisdição *prima facie*, porém, as demais bases jurisdicionais argüidas pelo autor não podem ser conclusivas só porque o Estado Réu não teve tempo de preparar os seus contra-argumentos. Destacou ainda, que a jurisprudência da Corte é clara nesse sentido.

A recusa de a maioria levar em consideração as novas bases de jurisdição vai claramente contrária ao artigo 38 do Regulamento da Corte⁴¹⁰ e sua

⁴⁰⁸“*That with reference to Article IX of the Convention, before any dispute to which the United States is a party may be submitted to the jurisdiction of the International Court of Justice under this Article, the specific consent of the United States is required in each case*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p.923§21.

⁴⁰⁹ “[...] manifestly does not constitute a basis of jurisdiction in the present case, even *prima facie*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 1999, p. 924§25.

⁴¹⁰ When proceedings before the Court are instituted by means of an application addressed as specified in Article 40, paragraph 1, of the Statute, the application shall indicate the party making it, the State against which the claim is brought, and the subject of the dispute. 2. The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based. 3. The original of the application shall be signed either by the agent of the party submitting it, or by the diplomatic representative of that party in the country in which the Court has its seat, or by some other duly authorized person. If the application bears the signature of someone other than such diplomatic representative, the signature must be authenticated by the latter or by the competent authority of the applicant's foreign ministry. 4. The Registrar shall forthwith transmit to the

jurisprudência. A recusa em ter devidamente a intenção de um Estado que realizou a declaração de aceitação da jurisdição da Corte também é incompatível com a jurisprudência da Corte e as regras consuetudinárias da interpretação dos instrumentos jurídicos. Em minha opinião, todos os requisitos para a indicação de medidas provisórias, que decorre do artigo 41 do Estatuto da Corte e da sua jurisprudência foram cumpridos, e a Corte deve, sem dúvida, indicar as medidas em face dos quatro Estados acima mencionados⁴¹¹.

O Juiz Koroma destacou que este caso, “Legalidade do Uso da Força”, talvez seja um dos mais importantes ajuizados perante a Corte requerendo medidas cautelares e destacou que a tutela cautelar na preservação dos direitos das partes é uma das funções mais importantes da Corte⁴¹². Segundo o juiz, a interpretação da Corte de que a cláusula facultativa de jurisdição compulsória não serve como fundamento para analisar se possui ou não jurisdição *prima facie* não é correta e muito menos defensável, como dispõe o projeto do artigo 25⁴¹³ sobre

respondent a certified copy of the application. 5. When the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent thereto yet to be given or manifested by the State against which such application is made, the application shall be transmitted to that State. It shall not however be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings, unless and until the State against which such application is made consents to the Court's jurisdiction for the purposes of the case. Regras da Corte, Art. 38.

⁴¹¹ “*The refusal of the majority to take into consideration the new bases of jurisdiction clearly goes contrary to Article 38 of the Rules of Court and its jurisprudence. The refusal to have due regard to the intention of a State making a declaration of acceptance of the Court's jurisdiction is also incompatible with the case-law of the Court and customary rules of interpreting legal instruments. In my view, all the requirements for the indication of provisional measures, flowing from Article 41 of the Court's Statute and from its well-established jurisprudence, have been met, and the Court should undoubtedly have indicated such measures so far as the above four States are concerned*”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Vladlen S. Vereshchetin, 1999, p. 70.

⁴¹² ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Abdul G. Koroma, 1999.

⁴¹³ The breach of an international obligation, by an act of the State composed of a series of actions or omissions in respect of separate cases, occurs at the moment when that action or omission of the series is accomplished which

Responsabilidade do Estado do Relatório da Comissão de Direito Internacional.

O vice-presidente da Corte na época do caso, Juiz Weeramantry, em sua opinião dissidente, afirmou que com relação à disputa entre a Espanha e os Estados Unidos concorda com o posicionamento na Corte, em virtude da reserva feita pelos dois Estados, ao contrário, em relação aos demais Estados, a jurisdição *prima facie* concedida pela clausula facultativa de jurisdição obrigatória é clara e nenhum dos demais fundamentos arguidos pela Iugoslávia precisavam ser analisados⁴¹⁴.

Nesse sentido também se vislumbrou o posicionamento do juiz Shi. A ausência de jurisdição *ratione temporis* em relação à declaração facultativa não é coerente⁴¹⁵.

Em sua opinião separada, a juíza Higgins afirmou que o início do bombardeio da OTAN é anterior à declaração facultativa feita pela Iugoslávia e que a reserva feita limita a disputas posteriores ao depósito⁴¹⁶. No entanto, juiz Shi esclarece que não se deve ater somente a reserva, mas sim analisar o contexto e objeto da disputa⁴¹⁷.

Segundo a petição da Iugoslávia, o objeto da disputa refere-se às violações cometidas pelo Estado Réu em relação à obrigação internacional da proibição do uso da força contra outro Estado, dentre outras obrigações concernentes a Carta da ONU, e, portanto, trata-se da responsabilidade como um ato contínuo (artigo 25 sobre Responsabilidade do Estado), por conseguinte, a Corte possuía jurisdição *prima facie*.

É lamentável que, como resultado de suas conclusões equivocadas sobre este ponto, a Corte

establishes the existence of the composite act. Nevertheless, the time of commission of the breach extends over the entire period from the first of the actions or omissions constituting the composite act not in conformity with the international obligation and so long as such actions or omissions are repeated."(Yearbook of the International Law) Commission, 1978, Vol. II, Part Two, Art. 25, p. 89).

⁴¹⁴ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Christopher G. Weeramantry, 1999.

⁴¹⁵ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Shi, 1999.

⁴¹⁶ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Roselyn Higgins, 1999.

⁴¹⁷ ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Shi, 1999.

não estava em condições de indicar medidas cautelares às partes na situação urgente de tragédia humana, com perda de vidas e o sofrimento humano nos territórios da Iugoslávia decorrentes a partir do uso da força no e contra o país⁴¹⁸.

A Corte citou a palavra “manifestamente” para afirmar que não possuía jurisdição *prima facie* nos dois casos que foram removidos da lista (Espanha e Estados Unidos)⁴¹⁹. Nos demais oito casos, a Corte constatou que não possuía jurisdição *prima facie*, mas não que esta jurisdição fosse manifestamente ausente, como nos dois casos acima.

O fato dos EUA, principal autor dos ataques, ter sido removido da lista foi uma opção utilizada pela Corte, mas que não convenceu, pelo contrário, reduziu a importância do caso perante a comunidade internacional, uma vez que, o histórico do país americano perante a Corte não é positivo⁴²⁰.

Segundo a jurisprudência da Corte, a análise da jurisdição *prima facie* não prejudica que posteriormente as bases jurisdicionais sejam analisadas plenamente na fase do mérito, pois nesse momento, o objetivo não é uma análise exaustiva, apenas em verificar se possui indícios de que a jurisdição no mérito existe e que a CIJ poderá analisar posteriormente⁴²¹.

A situação extremamente complexa em que a Corte estava diante e todas as questões políticas intrinsecamente ligadas ao caso, bem como, a perda de vidas humanas diárias, um grande número de crianças e mulheres enfermas expostas continuamente a perigos físicos, sofrimentos, danos físicos e materiais fez com que a comunidade internacional se questiona-se até que ponto a concepção de um órgão jurisdicional baseado no consentimento responde às necessidades contemporâneas do século XXI.

⁴¹⁸“It is regrettable that, as a result of its mistaken findings on this point, the Court was not in a position to indicate provisional measures to the Parties in the urgent situation of human tragedy with loss of life and human suffering in the territories of Yugoslavia arising from the use of force in and against that country”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, Dissenting Opinion Judge Shi Jiuyong, 1999, p. 207.

⁴¹⁹ O fato da Corte ter removido da lista significa que não será analisado nem as objeções preliminares, nem mesmo o mérito da disputa.

⁴²⁰ RYLATT, 2013.

⁴²¹ GAETA, 2000.

Segundo o juiz Weeramantry, a realidade nos Bálcãs refletia, segundo os argumentos arguidos pelo Estado autor (e que posteriormente se confirmaram), uma das mais graves violações dos direitos humanos e da dignidade humana desde o final da II Guerra Mundial. O que estava em jogo era também o papel da Corte como principal órgão jurídico comprometido com a resolução pacífica das controvérsias e manutenção da paz.

A análise da existência de jurisdição *prima facie* pela Corte nestes casos demonstrou-se extremamente minuciosa, rejeitando não apenas um fundamento argüido pelo Estado autor como base da sua jurisdição, mas três ou mais argumentos que tentavam justificar a base *prima facie*, e, em um período curto de tempo.

Como resultado deste caso, os questionamentos realizados anteriormente com relação de como a jurisdição *prima facie* devem ser analisados se tornaram ainda mais imprecisos, deixando aos Estados um campo aberto para construírem seus argumentos.

Mesmo com todas as questões controversas que foram destacadas, principalmente em relação à interpretação da base *prima facie*, um ponto que insurge não se refere somente ao fato da Corte ter negado a indicação das medidas cautelares, mas pelo posicionamento que tomou ao ter removido dois casos da lista por não possuir manifestamente probabilidade de jurisdição sobre o mérito.

Isso significa que a ordem das medidas não é um mero *obter dictum*, no sentido de a Corte aceitar ou rejeitar os pedidos, como foi em todos os casos anteriores, foi, claramente, uma *ratio decidendi* ao rejeitar os pedidos da Iugoslava⁴²².

Esse posicionamento, na verdade, coaduna com a afirmação sobre a natureza da tutela cautelar ter o fundamento na base *prima facie*, pois se esta fosse somente um dos requisitos, o pedido das medidas seria negado e seguiria o procedimento.

No início do novo milênio os casos apresentados pela Alemanha, Paraguai e México em face dos Estados Unidos trouxeram novas discussões, no fundamento da jurisdição *prima facie ratione materiae*.

Tanto o caso “Avena e outros nacionais mexicanos”, México v. EUA, “LaGrand”, Alemanha v. EUA e “Convenção de Viena sobre Relações Consulares”, Paraguai v. EUA, o objeto principal era a proteção de indivíduos que estavam condenados a morte por diferentes Estados Confederados dos Estados Unidos e não haviam tido o direito a

⁴²² OBATA, 2002.

proteção diplomática previsto no artigo 36, parágrafo 1 (b), da Convenção de Viena⁴²³.

A jurisdição *prima facie* foi estabelecida pelo Artigo 1º do Protocolo adicional da Convenção nos primeiros casos e a cláusula facultativa no terceiro, mas as críticas surgiram em decorrência da competência *ratione materiae*. “[...] Corte indicou medidas para se evitar a execução de pessoas no corredor da morte nos EUA, mesmo em face de muitas preocupações jurisdicionais, designadamente sobre a extensão da CIJ para se tornar um corte de apelação criminal, portanto, que derroga puramente as disputas entre Estados⁴²⁴”.

Na disputa “Atividades armadas no território do Congo⁴²⁵”, ajuizada em 2002, República Democrática do Congo v. Ruanda, a Corte modificou a fórmula da jurisdição *prima facie*, utilizando como precedente os casos envolvendo a “Convenção de Genocídio” e “Legalidade do Uso da Força”.

Considerando que a Corte, nos termos do seu Estatuto, não tem automaticamente a jurisdição sobre disputas legais entre os Estados Partes do Estatuto ou entre outros Estados com direito de aparecer perante a Corte; Considerando que a

⁴²³ CIJ, 2001.

⁴²⁴ “the Court indicated measures to stay the execution of individuals on death row in the USA, even in the face of many jurisdictional concerns, particularly concerning the extension of the ICJ to becoming a court of criminal appeal, therefore derogating from purely inter-state disputes”. RYLATT, J. **Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency**, 2013, p. 53

⁴²⁵ Em 28 de maio de 2002, o Congo instituiu um processo contra Ruanda, em relação a uma disputa sobre “violações maciças, graves e flagrantes de direitos humanos e de direito internacional humanitário” que teriam sido alegadamente cometidas “em violação à ‘Carta Internacional dos Direitos Humanos’, além de outros instrumentos internacionais relevantes e às resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança das Nações Unidas”. A Corte recorda que a petição do Congo afirmava que “[as] violações flagrantes e graves [dos direitos humanos e do direito humanitário internacional]” que reclamavam “o resultado de atos de agressão armada perpetrados pela Ruanda no território da República Democrática do Congo, em flagrante violação da soberania e da integridade territorial [da última], como garantido pelas Nações Unidas e pela Carta da Organização da Unidade Africana”. ICJ Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo, ((Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* 2002.

Corte tem afirmado repetidamente que um dos princípios fundamentais do seu Estatuto é que ela não pode decidir uma disputa entre Estados sem o consentimento destes para a sua jurisdição; e que, portanto, a Corte só terá jurisdição entre os Estados partes de um litígio que não só têm acesso a Corte, mas também aceitaram a jurisdição da Corte, tanto na forma geral ou para uma disputa individual concernente. (Legalidade do Uso da Força [Iugoslávia v. Bélgica], Medidas Cautelares, CIJ, 1999, (I), p. 32§20). [...] Considerando que, em de um pedido para medidas cautelares, a Corte não precisa antes de decidir se deve ou não indicá-las, finalmente, assegurar-se de que tem jurisdição sobre o mérito do caso, ainda não deve indicar as medidas a menos que as disposições invocadas pela recorrente aparecerem, prima facie, uma base sobre a qual a jurisdição da Corte pode ser estabelecida; que, além disso, uma vez que a Corte estabeleceu a existência de uma base para jurisdição, não deve, contudo, indicar medidas para a proteção de quaisquer direitos outros do que aqueles que podem, em última instância, formar a base de um julgamento no âmbito desta jurisdição em disputa. (Aplicação da Convenção de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio, Medidas Cautelares, ordem de 08 de abril de 1993, CIJ, 1993, p.19§35)⁴²⁶

⁴²⁶ Whereas the Court, under its Statute, does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States entitled to appear before the Court; whereas the Court has repeatedly stated that one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction; and whereas the Court therefore has jurisdiction only between States parties to a dispute who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court, either in general form or for the individual dispute concerned. [...] Whereas on a request for provisional measures the Court need not before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be established; whereas moreover, once the Court has established the existence of such a 'basis for jurisdiction, it should not however indicate measures for the protection of any disputed rights other than those which might ultimately form the basis of a

O Estado Congolense utilizou como base para a jurisdição vários instrumentos. O primeiro referente à cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, no entanto, Ruanda nunca aceitou ou depositou este instrumento. Posteriormente invocou a Convenção contra a Tortura, porém, novamente o Estado Réu nunca foi parte da Convenção. Este também tentou fundamentar na Convenção contra Discriminação Racial, Convenção de Genocídio, Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Convenção sobre a Discriminação contra as Mulheres, Convenção da OMS, Constituição da UNESCO e Convenção de Montreal em que ambos os Estados são partes.

A Corte, no entanto, rejeitou o pedido de medidas cautelares, porque nenhum dos instrumentos invocados pelo Estado autor serviu como base para a jurisdição *prima facie*, seja por conter uma reserva ou porque não se configurava como objeto da controvérsia e o posicionamento da Corte nesse sentido é claro.

Nos casos subsequentes perante a CIJ, a fórmula utilizada para analisar a existência da jurisdição *prima facie* voltou a ser a fórmula *standard* do caso dos “Testes Nucleares”. Como no caso envolvendo o Timor Leste e a Austrália, relativa à “Apreensão e detenção de certos documentos”, a Corte assim afirmou:

A Corte considera que as declarações feitas por ambas às partes nos termos do artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto aparecem, *prima facie*, uma base sobre a qual poderia ter jurisdição para decidir sobre o mérito do caso. A Corte considera, assim, que pode entreter o pedido de indicação de medidas cautelares que lhe forem submetidos pelo Timor-Leste⁴²⁷.

O fato da natureza da tutela cautelar depender da existência da base *prima facie* de jurisdição sobre o mérito (artigo 36 do Estatuto), em

judgment in the exercise of that jurisdiction. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2002, p. 241 §57 e 58.

⁴²⁷“The Court considers that the declarations made by both Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute appear, *prima facie*, to afford a basis on which it might have jurisdiction to rule on the merits of the case. The Court thus finds that it may entertain the Request for the indication of provisional measures submitted to it by Timor-Leste”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, 2014, p. 6§21.

conjunto com o poder previsto no artigo 41 do Estatuto, soluciona a incógnita do binômio, equilíbrio da efetividade jurisdicional e respeito ao livre consentimento da adjudicação internacional.

As críticas perpetradas pela doutrina e pelos juízes de como a Corte vem desenvolvendo jurisprudencialmente esse fundamento são inevitáveis em decorrência da ausência de uniformidade na aplicação nos casos concretos.

Essa ausência de uniformidade, particularmente, em casos políticos, diretamente interfere na autoridade da Corte como órgão jurisdicional. Ao mesmo tempo em que os Estados a esta recorrem para ter uma solução jurídica, estes não almejam que a Corte mude drasticamente o seu entendimento, em específico nesse caso, a interpretação da base *prima facie*.

O fato de a maioria dos Estados não cumprirem com as ordens emanadas pela Corte e a inserção da condição do *fumus boni iuris*, ao lado, de um não posicionamento sobre a responsabilização por violar estas ordens, demonstra que, no que tange as medidas cautelares, a Corte está passando por um momento delicado.

3.3.1 A Autoridade da Corte Internacional de Justiça: Efetividade v. Soberania

O poder da Corte indicar medidas cautelares é um poder discricionário e excepcional, mas não arbitrário, conforme destacou Stuzcky⁴²⁸. Por isso a Corte deve usá-lo somente em situações de urgência e perigo de dano irreparável. O objetivo de traçar essa diferença decorre do equilíbrio que deve ser mantido entre a efetividade, não somente da tutela cautelar, mas também da Corte como principal órgão jurídico da ONU, e o respeito à soberania estatal, ou, o consentimento da adjudicação internacional.

Ao contrário dos julgamentos emanados pela Corte em que as partes cumprem com as determinações, as medidas cautelares, atualmente, representam uma ameaça à autoridade da Corte, isso porque a maioria das ordens não é cumprida pelos Estados, mesmo após a decisão determinou o efeito vinculante⁴²⁹.

Isso decorre, segundo Rylatt, do fato de que a análise da jurisdição *prima facie* fundamenta-se em bases jurídicas que não são sólidas o suficiente para motivarem os Estados a cumprir com as ordens

⁴²⁸ STUZCKY, 1983.

⁴²⁹ OELLERS-FRAHM, 2013.

em detrimento da sua soberania e do poder discricionário do artigo 41 do Estatuto⁴³⁰.

Parafrazeando Koskenniemi⁴³¹, embora a teoria naturalista ou a teoria positivista consigam responder aos anseios da comunidade internacional atualmente, “[...] o consentimento é a base do direito dos tratados, do direito internacional consuetudinário [...]”⁴³², parte-se da [...] premissa e ideia de que o principal marco do Direito Internacional é o consentimento do Estado [...]”⁴³³.

O fato de ter verificado que a Corte detém o poder de indicar medidas cautelares de acordo com o artigo 41 e que a natureza desse instituto necessita da existência da base *prima facie*, deste modo, concede a Corte uma autoridade jurídica discricionária à arbitragem internacional. A arbitragem se apresenta deste modo, o pressuposto do modelo ideal de consentimento, afinal, tudo é moldado de acordo com a vontade dos entes soberanos.

Ao partir dessa proposição, a Corte ao adotar a tutela cautelar utiliza-se dessa autoridade discricionária, por conseguinte, os Estados estão menos dispostos a respeitar a decisão, pois o consentimento não foi dado de modo “ideal”, mesmo a Corte utilizando-se da jurisdição *prima facie*, “[...] mas a interpretação da Corte de seus poderes tem resultado em incumprimento reiterado”⁴³⁴.

Se, por um lado, o artigo 41 tem por objetivo garantir a efetividade jurisdicional de danos irreparáveis que podem ocorrer como resultado da demora excessiva do processo principal, não é possível ignorar, por outro lado, o respeito à soberania estatal.

⁴³⁰ RYLATT, 2013.

⁴³¹ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 569p.

⁴³² “[...]consent is the basis of the law of treaties, and arguably customary international law[...].” RYLATT, Jake W. **Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency**, 2013, p. 47

⁴³³ “[...]premised on the view that the touchstone of international law is State consent [...]”. RYLATT, Jake W. **Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency**, 2013, p. 47

⁴³⁴ “[...]but the Court’s interpretation of its powers that has resulted in repeated non-compliance” .RYLATT, Jake W. **Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency**, 2013, p.48

Como discutido no capítulo terceiro, coube à jurisprudência da Corte desenvolver os requisitos para a adoção das medidas cautelares, pois o texto do artigo 41 do Estatuto preconiza que o exercício decorre se “as circunstâncias o exigirem” e da preservação dos “direitos de casa parte”, o que deu a Corte uma grande autoridade sobre os conflitos internacionais ao passo em que gerou questionamentos quanto aos limites do texto normativo⁴³⁵.

Ao analisar os requisitos citados sobre a jurisprudência da Corte, é possível constatar que esta possui uma avaliação rígida e cautelosa de todas as condições necessárias para indicação das medidas, justamente para não tornar o poder arbitrário. O problema que vem sendo enfrentando é em decorrência dos precedentes criados a partir do fundamento da base *prima facie*.

De acordo com os casos analisados, dois métodos podem ser extraídos. O primeiro consiste na fórmula da “ausência não manifesta de jurisdição” e, o segundo método, na verificação “*prima facie* da existência de um título de jurisdição”. Em um primeiro momento é necessário ponderar a diferença entre ambos.

A primeira fórmula sugere que a Corte ao analisar o fundamento da jurisdição invocada pelo Autor das medidas cautelares, verifica se “[...] não existem razões óbvias de falta de jurisdição [...]”⁴³⁶. Isso significa alegar que, existindo uma remota possibilidade de jurisdição, a Corte pode adotar as medidas cautelares. Seguindo esse método, há possibilidade da Corte verificar que não possui jurisdição no mérito da disputa, pois em casos de dúvidas, as medidas poderão ser adotadas.

A segunda fórmula referente à verificação *prima facie* da existência de jurisdição, ao contrário do anterior, evidencia-se razões que excluem o defeito de jurisdição, ou seja, o exercício do poder cautelar é um requisito mais rigoroso que o apresentado anteriormente. “[...] Naturalmente torna-se mais difícil à adoção de medidas cautelares o emprego do critério reduz ao mínimo o risco que [...] o juízo principal no mérito não pode ser estabelecido [...]”⁴³⁷.

⁴³⁵ RYLATT, 2013.

⁴³⁶ “[...]non sussistano evidenti motivi di difetto giurisdizione [...]”. GAETA, P. **La Giustizia cautelare nel diritto Internazionale**, 2000, p. 126.

⁴³⁷ “[...] Naturalmente, se rende più difficile l’adozione di misure provvisorie, l’impiego del critério in questione riduce al mínimo il rischio che [...] il giudizio principale nel mérito non possa in seguito instaurarsi [...]”. GAETA, P. **La Giustizia cautelare nel diritto Internazionale**, 2000, p. 127.

O fato da Corte ter determinado na fórmula *standard* no caso dos “Testes Nucleares” que a indicação das medidas cautelares tem como fundamento a análise da jurisdição *prima facie* no sentido positivo, ou seja, segundo critério que reduz ao mínimo o risco de descobrir que não possui jurisdição para resolver o mérito da disputa permite efetuar o balanceamento justo entre duas exigências contrapostas,

“[...] de um lado, reduzir ao mínimo o risco que tais medidas venham adotadas pelo tribunal ausente de jurisdição; do outro lado, que a tutela cautelar não se torna inútil porque adotada em atraso, devido à necessidade de assegurar preliminarmente e definitivamente a existência de jurisdição^{438c}”.

O problema da Corte foi que esta não utilizou a mesma fórmula em todos os casos requerendo a indicação da tutela cautelar, concedendo um tratamento desigual aos Estados membros, criando uma lacuna que ensejou a possibilidade destes não cumprirem com as ordens indicadas.

Outra crítica foi feita por Rylatt é referente à competência *ratione materiae*. A interpretação do autor foi de que por mais que não exista restrição sobre a matéria da disputa que os Estados possam levar à Corte, é importante frisar que não se trata de uma Corte de Apelação Criminal ou de Direitos Humanos.

Este posicionamento decorre dos julgamentos envolvendo os indivíduos nacionais de outros países que foram condenados à morte nos Estados Unidos. A Alemanha, o México e o Paraguai recorreram a Corte e solicitaram medidas cautelares com o intuito de evitar a execução da pena.

Nesse sentido, destaca-se a opinião do Juiz Oda ao asseverar que “[...](Exercendo jurisdição) para intervir diretamente no destino de um indivíduo...poderia significar algum afastamento da função do principal

^{438c}[...] da um lato, ridurre AL mínimo il rischio Che tali misura vengano adottate da tribunali sprovvisti di giurisdizione; dall’altro, garantire Che La tutela cautelare non diventi inutile perché aprestata in ritardo, a causa della necessita di accertare preliminarmente e definitivamente la sussistenza di giurisdizione”. GAETA, P. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**, 2000, p. 136

órgão judicial das Nações Unidas. . . para resolver disputas inter-estatais relativas aos direitos e deveres dos Estados⁴³⁹”.

[...] Decisões esta como LaGrand tem se afastado do positivismo jurídico moderno, e enquanto a CIJ não pode ser desprovida de todas as preocupações humanitárias, pode ser fortemente argumentado que não é uma Corte de apelação criminal ou de direitos humanos. [...] aplicação flexível destes requisitos é necessária que a Corte tenha construído preocupações humanitárias, mas para um órgão jurisdicional competente para julgar em uma base puramente consensual, isso não pode ser o caso sem comprometer seriamente a sua própria autoridade [...] ⁴⁴⁰.

Tendo em vista o recorrente não cumprimento das ordens, a Corte tornou estas vinculantes, como uma tentativa de rever o atual quadro, e em conjunto com essa nova decisão, passou a analisar mais criticamente os pedidos solicitados pelas partes.

Diante dessa nova postura da Corte, introduziu-se o requisito do *fumus boni iuris*. Com esse novo requisito, vieram novos problemas, principalmente as críticas perpetradas pelos dos próprios juízes da Corte.

A busca pelo restabelecimento da sua autoridade judicial, pelo menos no âmbito das medidas cautelares, está longe de ser encontrado e as críticas que devem ser enfrentadas são muitas. Algumas delas, inclusive, foram bastante discutidas nesse trabalho.

⁴³⁹ “(Exercising jurisdiction) to intervene directly in the fate of na individual. . . would mean some departure from the function of the principal judicial organ of the United Nations. . . to settle inter-State disputes concerning the rights and duties of States”. ICJ Reports, Order Provisional Measures, , Declaration of Judge Oda, 1999 p.19 [emphasis added]).

⁴⁴⁰ “[...]Decisions such as LaGrand chip away at modern legal positivism, and whilst the ICJ cannot be devoid of all humanitarian concerns, it can be strongly argued that it is not a Court of criminal appeal or human rights. [...]the flexible application of these requirements is necessary for a Court built on humanitarian concerns, but for a court empowered to adjudge on a purely consensual basis, this cannot be the case without seriously undermining its own authority [...]”. RYLATT, Jake W. **Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency**, 2013, p.54

Apesar da falta de discussões doutrinárias sobre o tema, foi possível constatar que muitas dúvidas ainda se apresentam, e por mais que alguns pontos parecem ter sido superados não estão isentos de uma análise mais profunda.

É nesse quadro que se encontra a importância de determinar a natureza cautelar do poder de Corte adotar as medidas cautelares, pois o cerne da questão e todas as implicações decorrem do estabelecimento da jurisdição e da competência da CIJ.

Em suma, por mais que esta possui uma autonomia que a arbitragem internacional não tem e discricionariedade na aplicação do papel da tutela cautelar, não tem como evitar a necessidade do consentimento dos Estados, inclusive, para garantir a efetividade, obrigando-os a cumprirem com as ordens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentados os pressupostos do procedimento e da jurisdição da Corte Internacional de Justiça cujo objetivo é esclarecer e, ao mesmo tempo, determinar o cenário da tutela cautelar como premissas do problema, cabe reapresentar a problemática envolvida nesse trabalho, qual seja, compreender a natureza da tutela cautelar.

A Corte sempre assegura que o poder de adotar as medidas cautelares tem como fundamento o artigo 41 do Estatuto e, inseriu a jurisdição *prima facie* como fundamento necessário para adoção das medidas, mas não se posicionou sobre a natureza desse poder e como ambas as afirmações dialogam.

Diante disso, o problema apresentado foi fracionado em três correntes distintas. Em um primeiro momento, coube situar a tutela cautelar como um poder inerente da Corte por ser um órgão jurisdicional e que está autorizada a utilizar-se de todos os meios para melhor conduzir o processo. Em segundo lugar, apresentou-se a teoria que afirma que a base para adotar medidas cautelares é a mesma para analisar o mérito, e por fim, coube compreender se as medidas cautelares integram o processo principal ou possuem caráter autônomo de competência, sendo esta, a teoria com base no Estatuto.

Antes de responder a essa inquietação, foi estabelecido o marco teórico, Paola Gaeta, que teve o papel de traçar as linhas gerais e fundamentais acerca da tutela cautelar por meio da sua obra “La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale” para a construção e desenvolvimento deste trabalho.

A hipótese avançada, qual seja, de que a natureza cautelar depende necessariamente da existência da jurisdição *prima facie* sobre o mérito (artigo 36 do Estatuto) restou verificada.

Se em um primeiro momento, discutiu-se a tutela cautelar como um poder inerente, um instituto meramente processual que estava à disposição dos juízes para melhor administração da justiça, ao apresentar as limitações desta teoria, constatou-se que esta não respeita o princípio do consentimento da adjudicação internacional, infringindo na soberania de outro Estado, ao emanar medidas cautelares vinculantes, sem que este tenha manifestado a sua vontade.

Afastando-se completamente dessa premissa, a teoria com base no consentimento trouxe a percepção não de um órgão jurisdicional permanente, mas sim, a natureza da tutela cautelar única e exclusivamente da arbitragem *ad hoc* internacional, instituto este que tudo depende da vontade dos Estados e, não responde a autonomia e

discricionariedade prevista no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tornando o remédio cautelar ineficaz em virtude da demora prolongada do processo.

O fundamento da tutela cautelar necessariamente é pactício, deste modo, a natureza desta deriva necessariamente do consentimento dos Estados. Esse consentimento refere-se à manifestação da vontade no momento da assinatura do Estatuto, (poder de adotar medidas cautelares) mas, também, depende do consentimento previsto pelo artigo 36 do Estatuto, originando assim a base *prima facie*. A natureza da tutela cautelar é, portanto, derivada do Estatuto, mas depende do fundamento da jurisdição *prima facie*.

Convém nesse ponto recordar acerca dos requisitos necessários para a adoção das medidas. A condição de evitar perigo de dano irreparável condiciona proteger o direito que é objeto da disputa principal, bem como o fato de responder com urgência diante da possibilidade da ocorrência do dano. O requisito de evitar o agravamento ou extensão da disputa está igualmente conexo com o direito que busca ser tutelado no mérito.

Isso demonstra que, apesar do instituto servir para proteger direitos de danos irreparáveis referentes ao mérito da disputa perante a Corte, o que induz a compreensão de um instrumento processual, as ordens emanadas para tutelar os direitos transgridem a esfera da liberdade dos Estados e, a partir desse momento, é necessário o consentimento.

Se por um lado busca-se proteger o direito de danos irreparáveis, por outro lado, os demais requisitos existem ante a dificuldade de reduzir ao mínimo o risco que as medidas resultem injustas, seja porque foram adotadas para lidar com situações que posteriormente pode-se constatar que não existem ou pela falta de jurisdição no mérito pela Corte.

Nesse sentido, a introdução do *fumus boni iuris*, também como uma das condições necessárias, objetiva constatar a possibilidade mínima da existência do direito que busca ser tutelado no processo principal e trouxe uma garantia maior à esfera da liberdade dos Estados.

O risco de a tutela cautelar ser indicada e posteriormente verificar que a Corte Internacional de Justiça não possui jurisdição para resolver a disputa é, particularmente, inaceitável em decorrência do fundamento consensual da justiça internacional.

A Corte Internacional de Justiça, atualmente, vem recebendo inúmeras críticas em relação a sua autoridade jurisdicional no que tange as medidas cautelares. A maioria dos Estados não tem cumprido com as

ordens emanadas, mesmo após a decisão do efeito vinculante, que, como foi constatado, na prática não alterou a efetividade no cumprimento destas pelos Estados.

Os precedentes criados pela Corte a partir do caso “Legalidade do Uso da Força”, “LaGrand”, “Avena”, por exemplo, foram os principais fatores que contribuíram para as atuais críticas.

Outro agravante decorre da afirmação do efeito vinculante e da ausência de um posicionamento sobre a questão. Se antes os Estados não cumpriam as medidas, porque não geravam obrigações internacionais, hoje, mesmo que a violação esteja dentro do campo da responsabilidade, na prática, não é possível constatar a diferença.

A falta do cumprimento dos Estados não ocorre pela falta de sanção por parte da Corte, pois esta não é a característica do Direito Internacional, mas pelo fato da Corte não posicionar-se sobre o assunto objetivamente.

Em suma, a certeza que a Corte possui competência no mérito da disputa e que concede autoridade necessária para emanar um julgamento com efeito vinculante e obrigar os Estados a cumprirem, não ocorre no procedimento das medidas cautelares, entretanto, os Estados tem conhecimento de que a base *prima facie* de jurisdição é adotada para garantir o equilíbrio e a autoridade do órgão. O problema está na ausência de uniformidade na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AL-QAHTANI, Mutlaq. The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of its Judicial Decisions. **Leiden Journal of International Law**. Leiden University Faculty of Law, p. 781-804. 2002.

AMERASINGHE, C. F.. The Bosnia Genocide Case. **Leiden Journal Of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 411-428. jun. 2008.

ANZILOTTI, Dionisio. **Corso di Diritto Internazionale**. Padova: Cedam, 1955. 311 p. Introduzione - Teorie Generali.

BARILE, Giuseppe. Sulle Misure Cautelari nell'affare degli esperimenti nucleari. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. LVII p.17-28, 1974. Trimestral.

BEKKER, Pieter H.f.. Provisional Measures in the Recent Practice of the International Court of Justice. **International Law Forum Du Droit Internationa**, Holanda, p.24-32, 2005.

BOWETT, D. W.; CAWFORD, James; SINCLAIR, Ian. **The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure**. Londres: The British Institute Of International And Comparative Law, 1997. 189 p.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Cedin, 2005. 1291 p.

BRANT, Leonardo Nemer C. A autoridade da coisa julgada no direito internacional público. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRIGGS, Herbert W. Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies. *Recueil des cours*, v. 126, 1969.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematici dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. 160 p.

CANNIZZARO, Enzo. **Diritto Internazionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. 507 p.

COLLINS, L. **Provisional and Protective measures in International Litigation**, Vol. 234. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law.

CRAWFOD, James R.. Jurisdiction and Aplicable Law. **Leiden Journal Of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 471-478. set. 2012.

DANIELE, Luigi. **Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Guustizia**. Milão: Dtt. A. Giufrè Editore, 1993. 193 p.

DANIELE, Luigi. La Prima Ordinanza sulle Misure Cautelari nell'affare tra Bosnia-Ezergovina E Iugoslavia (Serbia E Montenegro). **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. 1993, n. 2, p.373-384, 1993. Trimestral.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DIXON, Martin. **International Law**. Nova York: Oxford, 2007. 371 p.

DUPUY, Pierre-Marie. **The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice**. New York University Journal of International Law & Politics, n. 791, 1999.

DOMINICÉ, Christian. La compétence prima facie de la Cour Internationale de Justice aux fins d'indication de mesures conservatoires. In: ANDO, Nisuke; MCWHINNEY, Edward; WOLFRUM, Rudiger. **Liber Amicorum: Jugde Shigeru Oda**. Holanda: Kluwer Law International, 2002. p. 383-394.

DUXBURY, Alison. Saving lives in the International Court of Justice: the use of provisional measures to protect human rights. **California Western International Law Journal**, California, v. 31, p.141-178, 2000.

ELIAS, Taslim O. **The International Court of Justice and some contemporary problems**. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1983. 374 p

ELKIND, Jerome B. **Interim Protection: A Functional Approach**. Holanda: Kluwer Academic Publishers Group, 1981. 287 p.

_____. French nuclear testing and article 41-another blow to the authority of the court? **Vanderbilt Journal Of Transnational Law**, v. 8, n. 39, p.39-84, set. 1974.

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

FORLATI, Serena. La Sentenza della Corte Internazionale di Giustizia in Merito alla Richiesta di Revisione della pronuncia sulla Giurisdizione resa fra Bosnia e Iugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**, Mião, v.LXXXVI, n. 2, p.426-448, 2003. Trimestral.

HOFMANN, Rainer; OELLERS-FRAHM, Karin; OETER, Stefan. **World Court Digest**. Nova York: Springer Verlag Heidelberg, 1995. 453 p.

GAETA, Paola. **La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale**. Padova: Cedam, 2000. 261 p.

GAETA, Paola. The Inherent Powers of International Courts and Tribunals, 2003. In *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese (International Humanitarian Law Series, V. 5)*, p. 195-244.

GIURISPRUDENZA. Giurisprudenza Internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. XCII, n. 3, p.813-829, 2009. Trimestral.

GORDON, Edward. Legal Disputes under Article 36(2) of the Statute. In: DAMROSCH, Lori F.. **The International Court of Justice at a**

Crossroads. Nova York: American Society Of International Law, 1987. p. 183-222.

GUGGENHEIM P., **Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens**, Paris, Rec. Sirey, 1931,198p.

GROSS, Leo. Some Observations on Provisional Measures. In: ROSENNE, Shabtai. **International law at a Time of Perplexity**. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 307-322.

IWAMOTO, Yoshiyuki. The Protection of Human life Through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 345-366. 2002.

JENNINGS, Robert. **An International Lawyer Takes Stock**. International and Comparative Law Quarterly, n. 39, 1990.

KEMPEN, Bernhard; HE, Zan. The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development. **Max-planck-institut Für Ausländisches öffentliches Recht Und Völkerrecht**, p.919-930, set. 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. **El discreto civilizador de Naciones: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960**. Buenos Aires (Madrid): Ciudad Argentina. 2005.

KRITSIOTIS, Dino. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda): Provisional Measures. **International And Comparative Law Quarterly**, L, v. 50, p.662-670, jul. 2001.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. **The Development of International Law by the International Court**. London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

MANI, V. S. **International Adjudication: Procedural Aspects**. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1980. 456 p.

MANOUEVEL, Mita. Metamorphose de L'article 41 du Statut de la CIJ. **Recue Générale de Droit International Public**. Paris, p. 104-136. 2002.

MARINO, Silvia. Sull'accertamento dell'esistenza di una controversia dinanzi alla Corte Internazionale de Giustizia. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. XCV, n. 4, p.1111-1121, 2012.

MAROTTI, Loris. Plausibilità dei diritti e autonomia del regime di responsabilità nella recente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in tema di misure cautelari. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, p.761-786, mar. 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Vol. 1).

MENDELSON, M. H. Interim Measures of Protection In Cases Of Contested Jurisdiction. **British Year Book** ., p. 259-322. 1973

MENDELSON, M. State Responsibility for Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice. In FITZMAURICE, Malgosia, SAROOSHI, Dan. **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**. HART: Vol, VII, p. 35-54

MORELLI, Gaetano. **Nuovi Studi sul Processo Internazionale**. Milão: Dott. A. Giufrè Editore, 1972. 173 p.

_____. **Nozioni di Diritto Internazionale**. Padova: Cedam, 1967. 385 p.

MORELLI, Gaetano. Esperienze giudiziarie sulla nozione di controversia internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. XLVII, p.3-16, 1964.

_____. Questioni Preliminari nel Processo Internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. LIV, p.6-20, 1971.

_____. Controversia Internazionale Interpretativa. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. LII, p.5-17,1969.

_____. Nozione ed Elementi Costitutivi della Controversia Internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. XLIII, p.405-426. 1960.

_____. Controversia Internazionale, Questione, Processo. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. LX, p.5-16, 1977.

OBATA, Kaoru. The Relevance of Jurisdiction to Deal with the Merits to the Power to Indicate Interim Measures: A Critique of the Recent Practice of the International Court of Justice. In: ANDO, Nisuke; MCWHINNEY, Edward; WOLFRUM, Rudiger. **Liber Amicorum**: Judge Shigeru Oda. Holanda: Kluwer Law International, 2002. p. 451-462.

ODA, Shigeru. Provisional Measures. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. **Fifty years of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge University, 1996. p. 541-556.

OELLERS-FRAHM, Karin. The principle of Consent to International Jurisdiction - Is it Still Alive? Observations on the Judgment on Preliminary Objections in the case concerning Application of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). **German Yearbook Of International Law**. Berlin, p. 487-523. 2009.

OELLERS-FRAHM, Karin. Expanding the Competence to Issue Provisional Measures—Strengthening the International Judicial Function. **German Law Journal**. Berlin, p. 1279-1294. 2011.

ORAKHELASHVILI, Alexander. Questions of International Judicial Jurisdiction in LaGrand case. **Leiden Journal Of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 105-130. 2002.

OXMAN, Bernard H.. Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures. In: DAMROSCH, Lori F. **The International Court of Justice at a Crossroads**. Nova York: American Society Of International Law, 1987. p. 323-354.

PALCHETTI, Paolo. L'indicazione di misure cautelari da parte della Corte Internazinale de Giustizia in situazioni di estrema

urgenza. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milão, v. LXXXII, n. 3, p.719-728, 1999.

_____. The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute. **Leiden Journal Of International Law**, v. 21, n. 3, p.623-642, set. 2008.

PAOLO, Cinzia di. **Effetti delle sentenze della Corte Internazionale di Giustizia nei confronti di Stati estranei al giudice e intervento nel processo**. Napolis: Copyright Editoriale Scientifica, 1997. 69 p.

POULIOT, Vicent. **Forum prorogatum before the International Court of Justice: the Djibouti v. France case**. In: The Hague Justice Portal, 2009

QUINTANA, Juan José. The Nicaragua case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice. **Leiden Journal Of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 97-121. 1998.

_____. Procedure before the ICJ: A Note on the Opening (or Not) of New Cases. **The Law And Practice Of International Courts And Tribunals**, p.115-126, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMANO, Cesare P.r.. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. **New York University School of Law**. Nova York, p. 3-61. 24 mar. 2006.

ROSENNE, Shabtai. Provisional Measures in International Law: The international court of justice and the international tribunal for the law of the sea. New York: Oxford, 2005. 241 p.

ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of Modern International Law**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. 471 p.

ROSENNE, Shabtai. The International Court of Justice New Practice Directions. **The Law and Practice of International Courts And Tribunals**. I, p. 171-180. . 2009

_____. **The Law and Practice of the International Court, 1920-1996**. Holanda: Kluwer Law International, 1997. 3 v. Vol. III - Procedure.

_____. **The Law and Practice of the International Court, 1920-1996**: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. 3 v. VOL. I. The Court and the United Nations. Londres

_____. **The world Court: What it is and how it works**. Canadá: Kluwer Academic Publishers, 2005. 353 p.

ROSENNE, Shabtai. **Procedure in the International Court: A** comentary of the 1978 Rules of the Internatonal Court of Justice. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1983. 230 p.

_____. Provisional Measures and *Prima Facie* Jurisdiction Revisited. In: ANDO, Nisuke; MCWHINNEY, Edward; WOLFRUM, Rudiger. **Liber Amicorum**. Holanda: Kluwer Law International, 2002. p. 515-544.

_____. **The Law and Practice of the International Court, 1920-1996**: Jurisdiction. Holanda: Kluwer Law International, 1997. 3 v. Vol. II.

Rylatt, Jake William, Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency (September 2013). **Leeds Journal of Law and Criminology** 45p.

SCHULTE, Constanze. **Compliance with decisions of the International Court of Justice**. Nova York: Oxford, 2008. 485 p.

SHAW, Malcolm N. The International Court Of Justice: A Practical Perspective. **International And Comparative Law Quarterly**. p. 831-865. out. 1997.

STARACE, Vizenzo. **La Competenza della Corte Internazionale di Giustizia in Materia Contenziosa**. Napolis: Jovene, 1970. 289 p.

STEINBERGER, Helmut. The International Court of Justice. In: FÜR, Max-planck-institut. **Judicial Settlement of International Disputes**. Nova York: Springer Verlag Heidelberg, 1974. p. 194-280.

THIRLWAY, H. W.A. Procedural law and the International Court of Justice. In: LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. **Fifty years of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge University, 1996. p. 389-405. Essays in honour of Sir. Robert Jennings.

_____. The International Court of Justice 1989-2009: At a Heart of the Dispute Settlement system? **Netherlands International Law Review**, Holanda, v. LVII, n. 3, p.347-395, 2010.

_____. The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice. In: BERNHARDT, Rudolf. **Interim Measures indicated by International Courts**. Berlin: Max-planck-institut für, 1994. p. 1-37.

URNS, David. Certain Criminal Proceedings In France (Republic Of The Congo V France), Provisional Measures, Order Of 17 June 2003. **International And Comparative Law Quarterly**, p.747-752. 2004.

SZAFARZ, Renata. **The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice**. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1993. 189 p.

SZTUCKI, Jerzy. **Interim Measures in the Hague Court**. Holanda: Kluwer, Deventer, 1983. 331 p.

WIEBALCK, Alison. Genocide in Bosnia and Herzegovina? Exploring the parameters of interim measures of protection at the ICJ. **Cilsa**. p. 83-105. 1995.

ZYBERI, Gentian. Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations. **Leiden Journal Of International Law**. Leiden University Faculty Of Law, p. 572-584. 2010.

ZICCARDI, Piero. Il Contributo di Morelli alla Dottrina del Processo Internazionale. In: SALERNO, Francesco. **Il Ruolo del Giudice**

Internazionale nell'evoluzione del Diritto Internazionale e Comunitario. Crotone: Cedam, 1995. p. 17-28.

ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C., OELLERS-FRAHM, K. (Org.), **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**, 2. ed., Oxford, OUP, 2012

DEMAIS REFERÊNCIAS

NORMAS E DOCUMENTOS

Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1945.
 Carta da Organização das Nações Unidas, 1945.
 Regras da Corte Internacional de Justiça, 1978.
 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969
 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio,
 1948
 Convenção de Montreal, 1999
 Convenção de Viena sobre Relações Consulares, 1967

DECISÕES INTERNACIONAIS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. (I.C.J. *REPORTS*)

Casos Contenciosos

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras:
 Nicaragua intervening), 1992

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua
 (Nicaragua *v.* United States of America), 1984

Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa
 Rica *v.* Nicaragua), 2011

Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River
 (Nicaragua *v.* Costa Rica), 2013

LaGrand (Germany *v.* United States of America), 1999

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of
 America *v.* Iran), 1979

Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the
 Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico *v.* United
 States of America) (Mexico *v.* United States of America), 2008

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico *v.* United States of
 America), 2003

Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan *v.* India), 1999

Nuclear Tests (*Australia v. France*), 1973

Corfu Channel (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), 1948

Right of Passage over Indian Territory (*Portugal v. India*), 1955

Temple of Preah Vihear (*Cambodia v. Thailand*), 1959

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (*Cambodia v. Thailand*)

Certain Criminal Proceedings in France (*Republic of the Congo v. France*), 2003

Frontier Dispute (*Burkina Faso/Niger*), 2010

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v. France*), 2006

Fisheries Jurisdiction (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland*), 1972

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), 1993

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), 1994

Passage through the Great Belt (*Finland v. Denmark*), 1991

Trial of Pakistani Prisoners of War (*Pakistan v. India*), 1973

Aegean Sea Continental Shelf (*Greece v. Turkey*), 1976

Frontier Dispute (*Burkina Faso/Republic of Mali*), 1983

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), 2012

Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), 2014

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 2006

Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), 1961

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium, Canada, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal, United Kingdom), 1999.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL **Casos contenciosos**

Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium and Bulgaria).

Polish Agrarian Reform and German Minority (Germany v. Poland),

Factory at Chorzów, (Germany v. Polish)