

ARTIGO

Artigo 293 da UNCLOS como cláusula jurisdicional?

Pedro Henrique Pirani de Souza Silva¹

Como citar este artigo: SILVA, Pedro Henrique Pirani de Souza. Artigo 293 da UNCLOS como cláusula jurisdicional? **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 4, n. 1, e12247. ISSN: 2525-8036.

Resumo: O artigo 293 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS ou Convenção) trata do direito aplicável às cortes e tribunais previstos na Convenção. No entanto, os limites da interpretação deste dispositivo se demonstram, ainda, controversos quanto ao seu uso como cláusula jurisdicional. Apesar das regras de jurisdição especificadas no artigo 288 da UNCLOS, cortes e tribunais têm decidido diversamente sobre esta utilização do art. 293 da Convenção, ora admitindo a demanda, ora rejeitando-a. Nesse ínterim, este artigo propõe investigar qual a interpretação mais adequada para conferir estabilidade ao mecanismo de solução de controvérsias estabelecido pela Convenção.

Palavras-chave: UNCLOS; tribunais; jurisdição; direito aplicável.

Recebido em 70.08.2018

Aprovado em 16.01.2019

Publicado em 29.03.2019

1 INTRODUÇÃO

Uma das importantes realizações da Terceira Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar é o desenvolvimento de um verdadeiro código para a resolução de controvérsias que possam surgir com respeito à interpretação e aplicação da Convenção do Direito do Mar. Foi reconhecido, no início das negociações, que, se as partes da Convenção haviam mantido o direito de interpretação unilateral (ou seja, submeter-se judicialmente apenas à Corte Internacional de Justiça, tal como a maioria dos tratados vigentes), ao complexo texto elaborado pela Conferência faltaria estabilidade, certeza, e previsibilidade. É uma das prerrogativas da igualdade soberana interestatal, que, na ausência de um acordo sobre a adjudicação imparcial de terceiros (ou seja, via cortes e tribunais internacionais), a opinião

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

de um Estado, no que diz respeito à interpretação da Convenção, não pode prevalecer sobre os pontos de vista de outros Estados-Membros. Cada parte pode reivindicar para sempre que sua visão é por si só correta, mas outra parte pode fazer a mesma reclamação, resultando em um impasse.

O único remédio eficaz em tal situação é fornecer antecipadamente, na Convenção propriamente dita, um método eficaz de resolver possíveis disputas de interpretação. No passado, vários grupos de Estados geralmente se recusavam a aceitar tal solução, e na Conferência de Direito do Mar de 1958, o acordo foi alcançado apenas em um protocolo opcional que poucos Estados ratificaram. A importância geral da última Conferência do Direito do Mar consistiu na necessidade de proteger o pacote de compromissos contra a destruição da Convenção através de interpretações unilaterais incontestáveis levaram os Estados relutantes a abandonar a sua oposição a disposições vinculativas para a resolução de litígios.

O mecanismo resultante para a resolução de disputas em direito do mar pós-convenção é complexo². Se por um lado a Convenção aceita como princípio orientador que, em geral, a vontade das partes num litígio prevalecerá e que as partes poderão, por acordo, selecionar qualquer solução de método que eles desejam. As disposições mais complexas aplicam-se apenas se as partes não acordar um método de solução de controvérsias.

É que, ao contrário da maioria dos outros instrumentos internacionais, a Convenção não prevê um sistema unitário de resolução de litígios. Vários grupos de Estados expressaram preferências por diferentes métodos de resolução de litígios durante a Conferência. Alguns Estados argumentaram em conferir a jurisdição para interpretar a Convenção para a Corte Internacional de Justiça; outros expressaram preferências por arbitragem; enquanto alguns apoiaram comissões técnicas especiais; um grande grupo de Estados optou por um tribunal internacional permanente para questões do Direito do Mar. Depois que muitas outras soluções foram rejeitadas, foi acordado que um Estado pode escolher qualquer um desses quatro métodos, mas se os dois Estados envolvidos tiverem escolhido métodos diferentes, a disputa pode ser submetido apenas à arbitragem. Todos os Estados concordaram que se não pode ter o tribunal de sua escolha, eles estariam dispostos a ir para a arbitragem.

² KLEIN, Natalie. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge University Press, 2005, p. 23.

A ênfase colocada nos procedimentos de solução de controvérsias na UNCLOS – e, em particular, em procedimentos vinculativos obrigatórios – reflete os objetivos centrais das negociações que conduziram à sua adoção.

A resolução compulsória de litígios torna-se o cimento que deve manter toda a estrutura em conjunto e garantir a sua continuação aceitabilidade e resistência para todas as partes. Sem tal provisão a Convenção seria inevitavelmente interpretada e aplicada de forma diferente por Estados diferentes, mesmo quando agem inteiramente de boa fé.

Assim, o principal propósito das disposições da Convenção sobre solução de controvérsias são os modelos empregados para a determinação de questões relativas à “interpretação ou aplicação” do tratado, para garantir a integridade do texto e controlar sua implementação e desenvolvimento pelos Estados.

A Convenção não prevê um mecanismo unitário de resolução de litígios. Vários grupos de Estados expressaram preferências por diferentes métodos de resolução de litígios durante a Conferência. Alguns Estados argumentaram em conferir jurisdição exclusiva para interpretar a Convenção para a Corte Internacional de Justiça; outros expressaram preferências por arbitragem; enquanto alguns apoiaram comissões técnicas especiais; um grande grupo de Estados optou por um tribunal internacional permanente para questões do Direito do Mar. Depois que muitas outras soluções foram rejeitadas, foi acordado que um Estado pode escolher qualquer um desses métodos (artigo 287 (1) da UNCLOS), mas se os dois Estados envolvidos tiverem escolhido métodos diferentes, a disputa pode ser submetido apenas à arbitragem (artigo 287 (5) da UNCLOS). Todos os Estados concordaram que se não pode ter o tribunal de sua escolha, eles estariam dispostos a ir para a arbitragem (TREVES, 1998, p. 7).

Desse ponto de vista, a solução compulsória de controvérsias é projetada para evitar a fragmentação do direito convencional do mar. O que, a princípio, parece um contrassenso, se mostra preciso, vez que um tratado que estabelece múltiplos foros de solução de controvérsias revela-se menos fragmentado do que vários tratados de Direito do Mar estabelecendo múltiplos mecanismos de solução para suas controvérsias.

Assim, em geral, ampliando o leque de partes que podem ser envolvidas em litígios internacionais, a Convenção pode ser vista como procurando evitar a fragmentação das controvérsias e promovendo a unidade, integridade e inclusão.

No entanto, um exame mais detalhado de outros aspectos do mecanismo da Convenção mostra que, de diversas maneiras, a fragmentação faz parte do preço garantir o consenso sobre a solução compulsória e obrigatória de controvérsias.

Durante as negociações, divergências quanto ao procedimento de resolução de disputas mais aceitável e apropriado foram tais, que a nenhum foro poderia ser dada competência geral obrigatória. E, assim restou convencionado.

Uma maneira mais simples de descrever este sistema é dizer que a arbitragem é obrigatória, a menos que as partes em uma controvérsia tenham consentido com antecedência ou *ad hoc* para que seja resolvido de alguma outra forma.

O que esta análise mostra é a fragmentação real ou potencial em dois sentidos: não existe um foro único para os litígios decorrentes da Convenção e não há mecanismo para assegurar a uniformidade no resultado de casos perante tribunais diferentes. Isto gera dois tipos de problemas: os de jurisdição e os de jurisprudência (TREVES, 1997). O problema jurisprudencial é que o mesmo tipo de disputa pode ser apresentada perante quatro tipos diferentes de tribunal e em todos os casos levará a um julgamento vinculativo, dificultando a sistemática de precedentes entre os tribunais. O problema jurisdicional é mais amplo e, para este trabalho, focalizará na auto expansão da jurisdição pelos tribunais para o julgamento de matérias não-relacionadas às disposições da Convenção; que será desenvolvido a seguir.

Este artigo, assim, procura se inserir no contexto das resoluções pacíficas de controvérsias da Convenção, a fim de compreender as regras de jurisdição dos tribunais estabelecidos no tratado e o papel da norma de direito aplicável neste regramento.

A proposta é a de investigar em que medida as disposições de direito aplicável tem sido empregadas pelos tribunais e como impactam a interpretação da UNCLOS quanto a admissibilidade de demandas com fontes conexas e alheias à Convenção.

2 JURISDIÇÃO NA UNCLOS

O artigo 287(1) da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar trata dos foros para resolução pacífica de controvérsias relativas à Convenção. As disposições do tratado preveem a interposição de demandas perante quatro possibilidades de foros para solução pacífica de controvérsias, sendo eles: a Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte); o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS ou Tribunal), estabelecido no Anexo VI; os tribunais arbitrais do anexo VII e os tribunais arbitrais especiais do anexo VIII, para disputas especificadas neste anexo.

Na sequência, encontram-se as disposições relativas à jurisdição destas cortes e tribunais, no artigo 288. O parágrafo primeiro determina que “corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que lhe seja submetida”. Trata-se da regra geral de jurisdição do tratado. Segundo Forteau (2016), aos tribunais internacionais, em regra, é conferida jurisdição específica limitada a um tratado ou a um conjunto de tratados inter-relacionados. É o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, que tem sua competência limitada às disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.³ Esta regra geral de jurisdição de tratados aplicada à UNCLOS foi utilizada pelo tribunal arbitral no Caso do Mar do Sul da China, arbitragem entre a República das Filipinas e República Popular da China, para conferir e limitar sobre sua competência para adjudicar a demanda: “O Tribunal considerou se existe uma disputa entre as Partes em relação à interpretação ou aplicação da Convenção, que é a base para o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção”.⁴

O parágrafo segundo traz uma outra abordagem acerca das regras de jurisdição aplicáveis aos tribunais. Estabelece que “[a] corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 tem também jurisdição sobre qualquer controvérsia, relativa à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da presente Convenção”. Considerando-se que, dos modos de solução de controvérsias previstos no Artigo 287, apenas a Corte Internacional de Justiça não constitui inovação da Convenção do Mar, isto é, já era um tribunal judicial permanente existente no cenário internacional de resolução pacífica de conflitos, necessário se faz comparar a relação entre as disposições da Convenção sobre sua jurisdição e sua competência natural estabelecida no seu estatuto.

Neste ínterim, a disposição do artigo 288 da Convenção, quanto à CIJ, não se confunde com a competência geral da Corte internacional de Justiça, nos termos do artigo 36 de seu Estatuto, que dispõe: “A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”.

O fato de possuir jurisdição “quase” universal sobre as questões controvertidas de Direito Internacional é a causa e a consequência de a Corte ser o principal órgão judiciário permanente das Nações Unidas. A palavra “quase” é propositalmente utilizada, em virtude de,

³ Ver: Artigo 2 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e, artigo 62.3 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

⁴ Ver: República das Filipinas v. República Popular da China, PCA, Processo No. 2013-19, Sentença, 12 de julho de 2016 (<http://www.pcacases.com/web/view/7>), parágrafo 153; ver também: Sentença sobre Jurisdição e Admissibilidade, 29 de outubro de 2015, parágrafos 148 – 178.

no Direito Internacional, a adjudicação de controvérsias depende da vontade das partes de conferir jurisdição à Corte. É o que preceitua a continuação do artigo 36 do Estatuto da Corte, por exemplo:

(...) Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por prazo determinado. (...)

Este é um grande limitador desta “competência geral”, já que a jurisdição “depende do consentimento e, na prática, esse consentimento é dado caso a caso por meio de cláusulas compromissórias inseridas em tratados para disputas relativas apenas a esses tratados.” (FORTEAU, 2016, p. 192). A regra, assim, torna-se mais uma exceção, isto é, percebe-se que a Corte Internacional de Justiça, apesar de formalmente inserida no rol de tribunais do Artigo 287, atua sob uma dinâmica diferenciada dos demais tribunais UNCLOS, vez que possui uma jurisdição mais abrangente.

Ademais, considerando que até dezembro de 2018 não foi realizado pela CIJ nenhum julgamento, cuja jurisdição lhe seja conferida pela Convenção - o que retira esta Corte do escopo deste estudo -, para as próximas análises deste trabalho, o sistema UNCLOS de solução de controvérsias será tratado desconsiderando as particularidades da Corte internacional de Justiça.

Deste modo, no caso do mecanismo da UNCLOS, estes aspectos jurisdicionais são ainda mais restritos, vez que se trata de um sistema especializado (BOYLE, 1997). Como exemplo, tem-se o Tribunal Internacional do Direito do Mar, que se trata de um corpo judicial também permanente - como a CIJ -, porém, especializado, competente para julgar questões “relativa[s] à interpretação ou aplicação da presente Convenção”, (artigo 288(1) da UNCLOS) ou mesmo, “relativa[s] à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da presente Convenção” (artigo 288(2) da UNCLOS). Neste aspecto, os tribunais UNCLOS restam adstritos às disposições da Convenção.

No entanto, a sistemática da Convenção prevê, ainda, a possibilidade de controle de jurisdição pela própria corte ou tribunal ao qual está submetida a demanda; é o que estabelece o parágrafo 4 do artigo 288, ao dizer que “[e]m caso de controvérsia sobre jurisdição de uma

corte ou tribunal, a questão será resolvida por decisão dessa corte ou tribunal” (artigo 288(4) da UNCLOS). Esta previsão é uma textual reprodução do final do artigo 36 do Estatuto da Corte, que institui que “[q]ualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte”. É o Princípio da “Kompetenz-Kompetenz” (“competência da competência”)⁵ que estabelece que, uma vez conferida jurisdição *ratione personae* pelo consentimento das partes, cabe aos próprios tribunais da UNCLOS analisar sua competência *ratione materiae*, bem como defini-la.

O que se observa, na prática, é que o dispositivo do tratado⁶ sobre jurisdição não é o que têm sido utilizado especificamente para expandir a competência desses tribunais para julgar matérias estranhas – ou melhor, não afetas –, à Convenção. É o que ocorreu no Caso Chagos⁷, arbitragem entre República da Maurícia e Reino Unido, de 2015, em que o Tribunal Arbitral descreveu:

O Reino Unido salienta que a obrigação de aceitar procedimentos obrigatórios que implicam em decisões vinculativas aplicam-se apenas a litígios ‘relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção’. Que esta disposição que se destina a restringir a competência do Tribunal é, no entender do Reino Unido, implícita no artigo 288(2). Essa disposição estende a jurisdição sobre os acordos relacionados que expressamente remetam às disputas da Parte XV da Convenção, mas apenas na medida em que tal acordo esteja ‘relacionado aos propósitos desta Convenção’. Como a possibilidade de jurisdição sobre acordos expressamente relacionados é restringido, a jurisdição sobre disputas que devem ser decididas sob acordos não relacionados à Convenção ou sob o direito internacional consuetudinário também deve ser restringido.⁸

Assim, ante o disposto no artigo 288(2) da UNCLOS estabelece que estabelece que a Parte XV é igualmente aplicável a litígios relativo à “interpretação ou aplicação” de qualquer tratado alinhado com os objetivos desta Convenção. Para Forteau (2016), “isso significa, por exemplo, que um ou tratado comercial poderia incorporar uma cláusula compromissória dos procedimentos da parte XV como aplicáveis à resolução de litígios relativos o referido tratado.”⁹

5 “É uma regra geralmente encontrada no âmbito de cortes e tribunais internacionais que o órgão judicial em questão decide sobre sua própria jurisdição se qualquer dúvida surgir. Goza de Kompetenz-Kompetenz. Caso contrário, a autoridade das eventuais constatações judiciais seriam gravemente comprometidas. Somente se um órgão judicial for empoderado de forma a tornar obrigatórias as determinações sobre todas as questões que surgem durante um processo que lhe é apresentado, será capaz de emitir uma determinação judicial incontestável.”. (Tradução livre). Em: TOMUSCHAT, Article 36, In ZIMMERMANN, A.; TOMUSCHAT, C.; OELLERS-FRAHM (Orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*. Oxford: OUP, 2012, p. 694.

⁶ Leia-se, UNCLOS

⁷ Ver: Caso da Área Marinha Protegida de Chagos (Maurícia v. R.U.), PCA Case Repository No. 2011-03, (<http://www.pccases.com/pccadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>)

⁸ Ver: Caso da Área Marinha Protegida de Chagos (Maurícia v. R.U.), PCA Case Repository No. 2011-03, (<http://www.pccases.com/pccadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>), Sentença de 18 de março de 2015, parágrafo 169.

Se isto é uma questão de jurisdição ou meramente conformativa da lei aplicável, depende de uma análise mais aprofundada deste último instituto na Convenção, o que será feito a seguir.

3 DIREITO APLICÁVEL NA UNCLOS

Uma vez determinada a jurisdição do potencial tribunal a decidir controvérsia oriunda da Convenção, resta a identificação do direito a ser aplicado pelo órgão julgador. O artigo 293(1), que trata do direito aplicável na resolução pacífica de controvérsias prevista na Parte XV da Convenção assenta que “a corte ou tribunal que tiver jurisdição nos termos desta seção deve aplicar a presente Convenção e outras normas de direito internacional que não forem incompatíveis com esta Convenção”. Esta disposição abre espaço para que os tribunais da UNCLOS julguem questões não-relativas à Convenção, como uso da força, responsabilidade internacional e questões internacionais de proteção aos direitos humanos (TREVES, 2002). A pergunta inicial que se faz é: podem os tribunais se valerem do artigo 293(1) para expandir jurisdição?

Segundo Treves (1997), por exemplo, quando os instrumentos internacionais que regulam estes foros não preverem estes problemas diretamente, será uma matéria de interpretação.

Para Tzeng (2016), “é um princípio bem estabelecido do direito internacional que o direito aplicável não expande jurisdição de cortes e tribunais”. Remetendo-se ao Caso Chagos, supracitado, Tzeng (2016) afirma que, acertadamente, o tribunal arbitral rejeitou a alegação da República da Maurícia, ao afastar a possibilidade de julgar a matéria que buscava declarar que a ocupação britânica do Arquipélago de Chagos e a remoção forçada da população indígena das ilhas violava o direito fundamental à autodeterminação, e salienta:

A lei não estava do lado dos chagossianos. Assim, depois que a Maurícia, implicitamente, afirmou que o artigo 293 (1) poderia expandir a jurisdição do tribunal, o Reino Unido rapidamente refutou a afirmação, notando que esse é um debate antigo, e que, francamente, não deveríamos estar tendo. [Por isso] o tribunal acabou decidindo em favor do Reino Unido neste ponto.

No mesmo sentido argumenta Forteau (2016), ao afirmar que o Artigo 293 não é um meio para obter uma determinação de que outro tratado, que não a Convenção, tenha sido violado, a menos que esse tratado seja também uma fonte de jurisdição, ou, a menos que o tratado se aplique de acordo com a Convenção (artigo 288 (2) da UNCLOS). Ele salienta que, no caso Chagos, a título de exemplo,

⁹ FORTEAU, Mathias. Regulating the Competition between International Courts and Tribunals. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, v. 15, n. 2, p. 190-206, 2016, p. 201.

A disputa das partes em relação soberania sobre o arquipélago de Chagos não diz respeito à interpretação ou aplicação da Convenção. Por conseguinte, o Tribunal encontra-se sem jurisdição para abordar a Primeira Submissão da Maurícia.

Não obstante, Forteau (2016), sobre outro caso em que o direito aplicável não é utilizado para expandir jurisdição do tribunal, no Caso *Arctic Sunrise*¹⁰, entre Holanda e Rússia, em que o tribunal adjudicante não admite uma interpretação tão ampliativa do artigo 293, considera que:

O Tribunal Arbitral [constituído para o caso] ressaltou que uma distinção crucial deve ser feita entre jurisdição e direito aplicável. Na verdade, há de fato um elemento, mais importante que é a distinção entre a jurisdição de um tribunal para ouvir um caso, e o direito aplicável pelo tribunal na decisão de um caso que esteja dentro de sua jurisdição.

Entretanto, na prática, é difícil manter uma separação clara entre a competência *ratione materiae* dos tribunais, pelo menos em áreas onde regras de tratados diferentes se sobrepõem. Há, portanto, necessidade de esclarecimentos dos próprios tribunais internacionais, no que diz respeito ao âmbito da sua jurisdição *ratione materiae* e, acima de tudo, as regras, normas ou metodologia que atuam no sentido de regular suas avaliações e decisões. Esse fenômeno, associado a um sistema de múltiplas escolhas de procedimentos, conduz a divergências jurisprudências acerca da matéria jurisdicional.

Isto quer dizer que existem precedentes que chegam a uma conclusão diametralmente oposta àquela já citada de limitação da competência; são decisões em que a interpretação da regra de direito aplicável confere jurisdição ao tribunal adjudicante ao torná-lo competente para julgar matérias alheias à UNCLOS.

Verifica-se que o Tribunal Internacional do Direito do Mar, por exemplo, já interpretou o Artigo 293 conferindo-se competência para aplicar não só a Convenção, mas também as normas de direito internacional consuetudinário (incluindo, é claro, aqueles relacionados ao uso da força). Isto restou claro em suas conclusões no caso Saiga:

Ao considerar a força usada pela Guiné na detenção do Saiga, o Tribunal deve ter em conta as circunstâncias do aprisionamento no contexto das regras aplicáveis de direito internacional. Embora a Convenção não contenha expressas disposições sobre o uso da força na detenção de navios, o direito internacional, que é aplicável em virtude do artigo 293 da Convenção, requer que o uso da força deve ser evitada tanto quanto possível e, quando a força é inevitável, deve não vai além do que é razoável e necessário nas circunstâncias. Considerações sobre humanidade devem aplicar-se ao direito do mar, como fazem em outras áreas do direito internacional.¹¹

Chega-se à conclusão de que os tribunais da UNCLOS não se conformaram uniformemente a um princípio, que segundo BRABANDERE (2014, p. 123), em sua obra

10 Caso Arctic Sunrise (Holanda. vs. Rússia), PCA Case Repository No. 2014-02, Sentença de Mérito de 14 de agosto de, 2015, ([http:// www.pcacases.com/web/sendAttach/1438](http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1438)).

11 M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guiné), Judgment, ITLOS Reports 1999, p.155.

sobre jurisdição e direito aplicável em arbitragens de tratados de investimento, “é um estabelecido princípio do Direito Internacional de que provisões de direito aplicável não expandem a jurisdição de cortes e tribunais internacionais”.

Relevante é perceber que estas conclusões não são suportadas unanimemente pelos tribunais internacionais, já que, por um lado, os tribunais em *M / V Saiga* (nº 2), *Guiana v. Suriname*, *M / V Virginia G e Gana v. Costa do Marfim* efetivamente invocaram o artigo 293 (1) para expandir sua jurisdição. Por outro lado, os tribunais em *MOX Plant*, *Chagos*, *Arctic Sunrise* e *Duzgit Integrity* mantiveram o princípio, rejeitando qualquer expansão de jurisdição amparada no Artigo 293 (1).

Considerando as controvérsias acerca da relação entre direito aplicável e jurisdição, nota-se que o último caso julgado em que estas questões são suscitadas é recente e merece uma análise mais aprofundada, juntamente com o seu paradigma. Tratam-se dos Caso *Gana v. Costa do Marfim* e *Guiana v. Suriname*.

4 OS CASOS GUIANA V. SURINAME E GANA V. COSTA DO MARFIM

4.1 O CASO GUIANA V. SURINAME

Guiana versus Suriname é o primeiro caso em que um tribunal internacional tem uma oportunidade para lidar com a questão da responsabilidade do Estado em uma disputa de delimitação marítima. Este artigo, nesta parte, examina a jurisdição do tribunal arbitral sobre a alegação dos guianenses de que o Suriname era internacionalmente responsável por violar obrigações sob a Convenção do Mar, a Carta das Nações Unidas e direito internacional geral para resolver disputas por meios pacíficos.

Quanto à relação entre jurisdição e direito aplicável, ao decidir sobre a admissibilidade dos pedidos de responsabilidade no Caso *Guiana v. Suriname*, o Tribunal Arbitral constituído pontuou:

O direito que este Tribunal está autorizado a aplicar está contida no Artigo 293, parágrafo 1, da Convenção, que tem a seguinte redação: ‘Um tribunal **que tenha jurisdição sob esta seção** deverá aplicar a presente Convenção e outras regras de direito internacional não incompatíveis com esta Convenção’. Este Tribunal observa que o **preâmbulo** da Convenção em si preservou a aplicabilidade do direito internacional geral, quando, em seu último parágrafo, afirmou ‘as matérias não regulamentadas pela presente Convenção continuam a ser regidas pelas regras e princípios gerais do direito internacional.’ (...) Na opinião deste Tribunal, esta é uma interpretação razoável do artigo 293, e, portanto, a alegação do Suriname de que este Tribunal não tem competência para julgar as alegadas violações da Carta das Nações Unidas e do direito internacional geral não podem ser aceitas [grifos acrescidos].¹²

Nesta perspectiva, a expressão “que tenha jurisdição sob esta seção” e a palavra “preâmbulo” destacadas nas considerações da Corte apresentam dois aspectos a serem considerados quando da análise do uso do Artigo 293 como cláusula jurisdicional, a partir das disposições de interpretação de tratados da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹³, em especial a regra geral de interpretação prevista no Artigo 31¹⁴. São eles: a interpretação literal do texto da Convenção e do contexto de suas normas.

O primeiro aspecto, interpretação literal do texto, se relaciona a disposição do Artigo 31(1) da CVDT, que estabelece que “[u]m tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Nesse sentido, a Convenção traz os termos “jurisdição” e “direito aplicável” em cláusulas separadas, respectivamente nos artigos 288 e 293, revelando a intenção dos negociadores de tratá-los como institutos diversos e, portanto, segundo TZENG (2016, p. 248), prevenindo que a lei aplicável sirva como disposição de atribuição de competência. No mesmo sentido, para FORTEAU (2016, p. 204), a expressão “que tenha jurisdição sob esta seção” faz presumir que um tribunal, ao considerar a lei aplicável ao caso concreto, já deveria ter analisado e estabelecido sua competência, razão pela qual o Artigo 293 não poderia alterar a jurisdição. Ademais, considerando o “objetivo e finalidade” da Convenção, vê-se que, conforme já anteriormente pontuado, o mecanismo de solução de controvérsias se presta a resolver demandas relativas a “interpretação e aplicação da Convenção”.

O outro aspecto a ser considerado da sentença arbitral é a referência a outra regra de interpretação prevista na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, especificamente quanto às disposições do Artigo 31(2),¹⁵ ao mencionar que o tribunal se valeu do “preâmbulo” da Convenção de Montego Bay para concluir por sua competência. O artigo 31(2), estabelece que “[p]ara os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto,

12 Guyana v. Suriname, Award of the Arbitral Tribunal of Sept. 17, 2007, 47 I.L.M. p. 131, § 403.

13 Ver artigos 31, 32 e 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

14 Artigo 31.Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

15 Artigo 31.2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos.

seu preâmbulo e anexos”. Neste ínterim, a conclusão do Tribunal é diametralmente oposta a interpretação proposta por TZENG (2016) e FORTEAU (2016) e autoriza a adjudicação de pedidos alheios à Convenção ao abrigo do Artigo 293.

TZENG (3016, p. 246), ao afirmar que o artigo 293(1) não constitui meio adequado para expandir a jurisdição dos tribunais, afirma que “uma interpretação adequada do artigo 293(1), exige o recurso ao artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.” Afirma, ainda, que “o Artigo 31 é universalmente considerado como refletindo o direito internacional consuetudinário, e os estudiosos concordam que as cortes e tribunais internacionais devem aplicar o Artigo ao interpretar tratados.”. Por fim, conclui, contrariando o posicionamento do tribunal em *Guiana v. Suriname*, pontuando que:

O objeto e propósito da UNCLOS, conforme expresso no Preâmbulo, é governar "todas as questões relacionadas com o direito do mar". Não se destina, portanto, a governar questões fora do direito do mar. Consequentemente, faz sentido que o Artigo 293 (1) não possa expandir a jurisdição dos tribunais da UNCLOS além de sua jurisdição nos termos do artigo 288(1) para resolver as demandas da UNCLOS.

Questionando-se sobre qual dos posicionamentos é juridicamente mais correto, sustenta-se aqui que ambas são válidas, porém, há uma terceira opção de como solucionar as divergências interpretativas acerca do estabelecimento de competência dos tribunais a partir do direito aplicável: uma análise caso a caso.

Considerando cada demanda isoladamente, cabe descobrir a natureza de cada controvérsia, a fim de verificar a admissibilidade de pedidos ante a congruência com os objetivos de estabelecimento do mecanismo de solução da Convenção do Mar.

Em suma, isto quer dizer que, se a natureza da demanda for uma questão de Direito do Mar e o pedido que demande o uso do artigo de direito aplicável dela decorrer, então parece que a controvérsia é admissível e o uso das disposições de direito aplicável não constitui “expansão” da jurisdição dos tribunais.

Como se percebe do Caso *Guiana v. Suriname*, o pedido de responsabilidade estava intrinsecamente relacionado à delimitação da fronteira marítima; de igual modo, o incidente na área disputada. Assim, neste caso, parece que a interpretação sustentada pelo Tribunal se mostra mais coerente ao espírito do sistema de resolução de litígios da UNCLOS.

A fim de demonstrar que a hipótese aqui suscitada consiste em um modo eficaz para preservar a integridade do mecanismo da Convenção, no que concerne a admissibilidade de pedidos fundamentados em normas diversas daquelas expressamente previstas no tratado, passa-se a exploração do Caso *Gana vs. Costa do Marfim*.

4.2 CASO GANA V. COSTA DO MARFIM

Quanto ao pedido de responsabilização de Gana, Costa do Marfim alegou que a conduta daquela violou as disposições do artigo 83 da Convenção, os direitos de soberania costa-marfinenses e a medida cautelar outrora estabelecida. Sua fundamentação baseou-se em três linhas argumentativas: (1) inicialmente sustenta que Gana infringira os direitos de soberania costa-marfinenses ao conduzir ou permitir atividades ligadas a exploração de hidrocarbonetos em áreas eburneas; (2) alegou, ainda, que houve violação ao artigo 83 da Convenção – que trata da delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente -; (3) por fim, defendeu que houve descumprimento da decisão provisória outorgada, no que tange a abstenção de novas atividades da área em disputa. Não obstante, Costa do Marfim requereu a condenação de Gana por responsabilidade internacional, tendo seu pedido rejeitado pelo órgão julgador.

Interessante perceber que para rejeitar o pedido de responsabilidade formulado pela Costa do Marfim, o Tribunal teve que garantir, primeiramente, sua jurisdição para conhecer da demanda, e, o fez nos seguintes termos:

A Câmara Especial acrescenta que os artigos 286 e 288 da Convenção, segundo os quais se dá a jurisdição dos órgãos de solução de controvérsias nos termos da Parte XV da Convenção, se referem à interpretação e aplicação da Convenção, e não a impedem de decidir sobre responsabilidade internacional. Embora a Convenção não contenha regras relativas à responsabilidade internacional, o artigo 293, parágrafo 1, da Convenção prevê a possibilidade de recorrer a outras regras de direito internacional. O parágrafo 1 do artigo 293 da Convenção estabelece que o tribunal que tiver jurisdição nos termos desta seção deverá aplicar a presente Convenção e outras normas de direito internacional não incompatíveis com esta Convenção (...) Seguindo a jurisprudência do Tribunal (ver M / V ‘Virginia G’ (Panamá / Guiné-Bissau), Julgamento, ITLOS Reports 2014, p. 4), a Câmara Especial voltará ao direito internacional geral ao decidir sobre questões relativas à responsabilidade internacional. (...) Portanto, a Câmara Especial considera que tem jurisdição para decidir sobre a queixa da Costa do Marfim contra o Gana sobre a alegada responsabilidade internacional, bem como sobre a reparação.

A partir deste último julgado, verifica-se que o princípio de que o direito aplicável não se presta a expandir a jurisdição das cortes e tribunais internacionais parece não se sustentar (BRANBANDERE, 2014).

A discricionariedade da Corte, nesse contexto, resta determinando o uso do direito aplicável para a expansão da jurisdição, opondo-se a ideia de que isto constitui um erro interpretativo que diminui a legitimidade do ITLOS - por exemplo -, enquanto foro de solução pacífica de controvérsias da UNCLOS (TZENG, 2016), ou mesmo, retira estabilidade do próprio mecanismo da Convenção, como imaginava ODA (1995).

Assim, qualquer alegação acerca da validade ou não do uso do Artigo 293 como cláusula jurisdicional, deve ser verificada no contexto de cada disputa, a fim de determinar a

validade da admissibilidade dos pedidos alheios à Convenção com a finalidade do sistema previsto pelo próprio tratado.

Nos casos *Guiana v. Suriname* e *Gana v. Costa do Marfim*, os tribunais consideraram-se competentes para julgar o mérito dos pedidos de responsabilidade. Pela análise realizada, entretanto, verifica-se que nestes casos a natureza das controvérsias submetidas pelas partes, em ambos os casos, consistiam em demandas de Direito do Mar previstas na Convenção, com pedidos de responsabilização pelas violações decorrentes destas demandas convencionais, isto é, não houve desvirtuamento da natureza marítima das controvérsias, ainda que tenha havido pedidos fundamentados em normas diversas da UNCLOS.

5 CONCLUSÃO

Como foi demonstrado, o escopo e os limites de jurisdição dos tribunais da UNCLOS sob o Artigo 288 (1) ainda está cercado por um considerável grau de controvérsia, particularmente no que diz respeito ao uso do direito aplicável.

Este trabalho argumentou que órgãos adjudicantes chamados a resolver uma disputa interestatal sob a Convenção são geralmente questionados sobre os limites de seus poderes em relação a atribuição de jurisdição.

Isto é particularmente verdadeiro no que diz respeito a conflitos que se caracterizam pelo fato de que não se limitam a questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e requerem necessariamente que o órgão adjudicante tome uma decisão sobre a admissibilidade de pedidos lastreados em assuntos não diretamente cobertos pela Convenção, sob a égide do Artigo 293(1).

Foi apresentado aqui que, em tais situações, o tribunal da UNCLOS deve determinar a natureza da disputa. Parece que, se a ênfase da controvérsia não está na interpretação e aplicação da Convenção, o tribunal deve declinar sua jurisdição.

Essa abordagem cautelosa deve levar em conta que os Estados Partes da Convenção só continuarão a aceitar a obrigatoriedade do regime de resolução de controvérsias codificado na Parte XV da Convenção, se os tribunais da UNCLOS respeitarem os limites pactuados de sua jurisdição.

Visto desta perspectiva, se bem pode ser questionado se a abordagem proativa adotada pelo Tribunal no Caso *Gana v. Costa do Marfim* deve ser considerado como um modelo para casos futuros.

Ao mesmo tempo, tanto a confiabilidade quanto a eficácia do regime obrigatório de resolução de litígios contido na Parte XV, a UNCLOS parecem exigir que todos os meios de

solução de controvérsias do Artigo 287(1) deveria desenvolver e seguir uma abordagem uniforme quanto aos limites de sua jurisdição, a fim de resguardar a necessária segurança jurídica.

Uma tendência à expansão da competência pelo uso da cláusula de direito aplicável parece existir e deve ser percebida como um grande passo rumo à consolidação da interpretação do mecanismo de solução de controvérsias da UNCLOS.

A distinção entre direito aplicável e jurisdição realizada neste trabalho reflete que no sistema de solução de controvérsias internacionais, é uma importante tarefa dos tribunais esclarecer os limites de sua competência e das disposições dos tratados que lhes conferem jurisdição *ratione materiae*.

Neste sentido, a possibilidade – e, até mesmo, o dever - de cada tribunal ter em conta outras regras do direito internacional na interpretação da Convenção deve resultar em consistência na forma como as cortes e tribunais internacionais abordam o direito internacional.

Nessa medida, os institutos de jurisdição e direito aplicável, desde que devidamente regulamentados, constituem uma excelente ferramenta para alcançar a compreensão dos novos rumos do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFORD, Roger P. **The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance**. In: Proceedings of the ASIL Annual Meeting. Cambridge University Press, 2000. p. 160-165.
- ALLEN, Stephen. **Article 297 of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Scope of Mandatory Jurisdiction**. Ocean Development & International Law, p. 1-18, 2017.
- BECKER, Michael A. **International Law of the Sea**. Int'l Law., v. 42, p. 797, 2008.
- BRANBRANDERE, Eric De. **Investment Treaty Arbitration as Public International Law**. 123 n.3 (2014).
- BOYLE, Alan E. **Dispute settlement and the Law of the Sea Convention: problems of fragmentation and jurisdiction**. International & Comparative Law Quarterly, v. 46, n. 1, p. 37-54, 1997.
- BOYLE, Alan. **Further development of the law of the sea convention: mechanisms for change**. International & Comparative Law Quarterly, v. 54, n. 3, p. 563-584, 2005.
- BROWLY, Ian. **Principles of Public International Law**, 1966.
- BUGA, Irina. **Territorial sovereignty issues in maritime disputes: a jurisdictional dilemma for Law of the Sea tribunals**. The International Journal of

Marine and Coastal Law, v. 27, n. 1, p. 59-95, 2012.

CARREAU, Dominique. **Droit International**, Paris, Pedone, 4^a edição, 1994.

CASSESE, Antônio. **International Law in a Divided World**, Oxford, Clarendon Press, 1986.

CHARNEY, Jonathan I. **The implications of expanding international dispute settlement systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea**. American Journal of International Law, v. 90, n. 1, p. 69-75, 1996.

CHURCHILL, Robin Rolf; LOWE, Alan Vaughan. **The law of the sea**. Manchester University Press, 1999.

CROOK, John R. **Failings of the International Court of Justice**. American Journal of International Law, v. 111, n. 1, p. 202-207, 2017.

DONOVAN, Thomas W. **Suriname-Guyana maritime and territorial disputes: A legal and historical analysis**. J. Transnat'l L. & Pol'y, v. 13, p. 41, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. **Droit international public**. Dalloz, 2016.

EIRIKSSON, Gudmundur. **The International Tribunal for the Law of the Sea**. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Mich. J. Int'l L.**, v. 25, p. 999, 2003.

FORTEAU, Mathias. **Regulating the Competition between International**

Courts and Tribunals. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, v. 15, n. 2, p. 190-206, 2016.

FORTEAU, Mathias; THOUVENIN, Jean-Marc. **Traité de droit international de la mer**. Éditions A. Pedone, 2017.

GIULIANO, Mario; SCOVAZZI, Tulio e TREVES, Tulio. **Diritto Internazionale, Parte Generale**, Milão, Giugrè Editore, 1991.

GUILLAUME, Gilbert. **The future of international judicial institutions**. International & Comparative Law Quarterly, v. 44, n. 4, p. 848-862, 1995.

HARRISON, James. **Defining Disputes and Characterizing Claims: Subject-Matter Jurisdiction in Law of the Sea Convention Litigation**. Ocean Development & International Law, p. 1-15, 2017.

JENSEN, Øystein; BANKES, Nigel. **Compulsory and Binding Dispute Resolution under the United Nations Convention on the Law of the Sea: Introduction**. Ocean Development & International Law, p. 1-7, 2017.

KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Matti. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the study group of the international law commission**. 2014.

KWAST, Patricia Jimenez. **Maritime law enforcement and the use of force: reflections on the categorisation of forcible action at sea in the light of the Guyana/Suriname award**. Journal of Conflict and Security Law, v. 13, n. 1, p. 49-91, 2008.

MENEZES, Wagner. **O direito do mar**. Brasília: Funag, 2015.

NORDQUIST, Myron (Ed.). **United Nations Convention on the law of the sea 1982, Volume VII: a commentary**. Brill, 2011.

ODA, Shigeru. **Dispute settlement prospects in the law of the sea**. The International and Comparative Law Quarterly, v. 44, n. 4, p. 863-872, 1995.

OXMAN, Bernard H. **Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction**. American Journal of International Law, v. 95, n. 2, p. 277-312, 2001.

QU, Wensheng. **The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond**. Ocean Development & International Law, v. 47, n. 1, p. 40-51, 2016.

RAYFUSE, Rosemary. **The future of compulsory dispute settlement under the law of the sea convention**. Victoria U. Wellington L. Rev., v. 36, p. 683, 2005.

REZEK, José Francisco. **O Direito Internacional No Século XXI**. Editora Saraiva, 2000.

SALAMA, Randa. **Fragmentation of international law: Procedural issues arising in law of the sea disputes**. Austl. & NZ Mar. LJ, v. 19, p. 24, 2005.

SCHREUER, Christoph. **Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration**, 1 McGill J. Disp. Resol. 1, 2 (2014).

TANAKA, Yoshifumi. **The international law of the sea**. Cambridge University Press, 2015.

TREVES, Tullio. **Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice**. NYUJ Int'l L. & Pol., v. 31, p. 809, 1998.

TREVES, Tullio. **Preliminary proceedings in the settlement of disputes under the United Nations Law of the Sea Convention: some observations**. Nisuke Endo and others (eds) Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, v. 1, 2002.

TZENG, PETER. **Jurisdiction and Applicable Law Under UNCLOS**. Yale LJ, v. 126, p. 242-242, 2016.

TZENG, Peter. **The Implicated Issue Problem: Indispensable Issues and Incidental Jurisdiction**. NYUJ Int'l L. & Pol., v. 50, p. 447, 2017.

VERANI, Andre. **Dividing the Sea: the 1982 Law of the Sea Convention, Maritime Case Law, and the Current Dispute Between Guyana and Suriname**. Gonz. J. Int'l L., v. 9, p. 48, 2005.

VINCENT, Philippe. **Droit de la mer**. Larcier, 2008.

VIRZO, Roberto. **Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti**. Cedam, 2008.

ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso de direito do mar**. Juruá Editora, 2013.

ARTICLE 293 OF UNCLOS AS A JURISDICTIONAL CLAUSE?

Pedro Henrique Pirani de Souza Silva

How to cite this article: SILVA, Pedro Henrique Pirani de Souza. Artigo 293 da UNCLOS como cláusula jurisdicional? **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 4, n. 1, e12247.. ISSN: 2525-8036.

Abstract: The article 293 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS or Convention) deals with the applicable law to courts and tribunals under the Convention. However, the limits of its interpretation are still controversial regarding its use as a jurisdictional clause. Despite the jurisdiction rules specified in article 288 of UNCLOS, courts and tribunals have been awarding different decisions regarding this use, sometimes entertaining the claims, sometimes dismissing it. The present work is devoted to analyzing which of the interpretations on this matter is more adequate regarding conferring stability to the dispute settlement mechanism established by the Convention.

Key-words: UNCLOS; tribunals; jurisdiction; applicable law.