

DO POMO DE OURO AO TRILEMA JUDICIAL: QUANDO A TRANSPARÊNCIA, A INDEPENDÊNCIA E A ACCOUNTABILITY DOS JUÍZES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PROTAGONIZAM A INEXORÁVEL ESCOLHA DE VALORES CONCORRENTES LEGADA AO HOMEM

FROM THE GOLDEN POME TO THE JUDICIAL TRILEMMA:
WHEN JUDGES' TRANSPARENCY, INDEPENDENCE AND
ACCOUNTABILITY AT THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
PLAY A LEADING ROLE IN THE INEXORABLE CHOICE OF
COMPETING VALUES BEQUEATHED TO MAN

Roberta Puccini Gontijo*

The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realisation of some of which must inevitably involve the sacrifice of others [...]. If, as I believe, the ends of men are many, and not all of them are in principle compatible with each other, then the possibility of conflict – and of tragedy – can never wholly eliminated from human life, either personal or social. The necessity of choosing between absolute claims is then an inescapable characteristic of the human condition¹

Isaiah Berlin

Resumo: Desde a mais tenra Idade dos Homens, a escolha entre princípios concorrentes aparece como inarredável à condição humana. Transpondo essa lógica ao estudo de tribunais internacionais, Jeffrey Dunoff e Mark Pollack perscrutam as inextricáveis teias dos *tradeoffs* que os enrodilham, de maneira a aí observarem a gênese de um trilema: valores incompatíveis entre si, transparência, independência e *accountability* judicial não podem ser maximizadas a um só tempo; se um tribunal tiver altos níveis de dois desses valores, será a custo do inevitá-

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e membro do Grupo de Pesquisa *Sapientia* – Núcleo de Pesquisa em Direito e Literatura da FDUFG.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4961263249535393>. E-mail: robertapuccini12@gmail.com.

¹ Essa passagem de Berlin é assim traduzida por Lucas Carlos Lima e por Lucas Mendes Felipe: “O mundo que encontramos na experiência comum é aquele em que somos confrontados com escolhas entre fins igualmente definitivos e anseios igualmente absolutos, cuja realização de alguns deve envolver inevitavelmente o sacrifício de outros [...]. Se, como acredito, os fins dos homens são muitos, e nem todos são, em princípio, compatíveis entre si, então a possibilidade de conflito – e de tragédia – nunca pode ser totalmente eliminada da vida humana, pessoal ou social. A necessidade de escolher entre anseios absolutos é, então, uma característica inevitável da condição humana.” (BERLIN *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 125-126).

vel sacrifício de um terceiro recurso. Sob essa ótica, os autores de *O trilema judicial* entendem que, em razão de maximizar a *accountability* e a transparência, uma ameaça sistêmica paira sobre a independência judicial da Corte Internacional de Justiça. Em uma análise crítica da obra, este artigo busca compreender se, de fato, a independência dos juízes encontra-se fragilizada na Corte. Para tanto, o Regulamento da Corte de 1978 e o caso contencioso *Pulp Mills* são trazidos a lume. Diante da investigação, conclui-se a impossibilidade de mensurá-la com exatidão, pois abarca variáveis que fogem à estatística – ao terreno do provável e do quantificável. A partir da descoberta de que o próprio trilema judicial engloba dilemas, evidencia-se que os conflitos com os quais Estados e juízes têm de lidar ante o *design* institucional dos tribunais escapam amiúde à análise pragmática pretendida pelos estudiosos. Se, para além do mito de Páris, *pomos da discórdia* são lançados em direção a esses atores a todo instante, as possibilidades de investigá-los serão inesgotáveis.

Palavras-Chave: Corte Internacional de Justiça. Direito Internacional Público. Trilema judicial.

Abstract: Since the dawn of time, the choice between competing principles has appeared as an inescapable characteristic of the human condition. Transposing this logic to the study of international courts, Jeffrey Dunoff and Mark Pollack scrutinize the tradeoffs that surround them, observing the genesis of a trilemma: incompatible values, transparency, accountability and judicial independence cannot be maximized at the same time; if a court has high levels of two of these values, it will be at the cost of the inevitable sacrifice of a third resource. From this perspective, the authors of *The Judicial Trilemma* understand that, because it maximizes accountability and transparency, judicial independence is subject to a systemic threat at the International Court of Justice. Based on a critical analysis of Dunoff and Pollack's work, this article seeks to understand whether, in fact, the independence of judges is weakened at the Court. To this end, the 1978 Rules of the Court and the *Pulp Mills* contentious case are brought to light. Thus, it is concluded that it is impossible to measure it precisely, since it encompasses variables that are beyond the domain of statistics – the realm of the probable and the quantifiable. From the discovery that the *Judicial Trilemma* itself encompasses dilemmas, it becomes evident that the conflicts that States and judges have to deal with often escape the pragmatic analysis intended by scholars. If, beyond the myth of Paris, golden pomes are hurled at these actors all the time, the possibilities of investigating them are endless.

Keywords: International Court of Justice. Judicial Trilemma. Public International Law.

1. INTRODUÇÃO

Conta a mitologia grega que a deusa da discórdia, Eris, não fora convidada para a celebração das bodas de Tétis, ninfa do mar, com o mortal Peleu – pai de Aquiles. Irada, apareceu ao banquete e, a partir dos dizeres “à mais bela”, lançou um pomo dourado à mesa, sobre uma cesta de maçãs. Zeus, desejoso de imputar a outrem decisão tão delicada, atribuiu a Hermes – deus mensageiro, mediador entre



as esferas celeste e terrena – a missão de direcioná-la ao julgamento do primeiro homem que encontrasse. Para tanto, deveria deslocar-se para a Frígia, transportando consigo as deusas Hera, Atena e Afrodite (OVÍDIO, 2017).

O primeiro mortal vislumbrado pelo séquito divino foi Páris, a quem coube a posição de árbitro (HOMERO, 2013). As três deusas, reivindicando o título, prometeram-lhe recompensas pela eleição de si como a mais bela: “o dom de Palas era devastar a Grécia, à frente do tropel dos frígios. Hera prometeu-lhe o domínio da Ásia e dos confins da Europa” (EURÍPIDES, 2021, p. 99); Afrodite, a posse daquela, dentre os mortais, dotada de maior beleza. Eis como Páris deliberou o jugo tríplice das três deusas: depositou o pomo de ouro (ou pomo da discórdia) nas mãos de Vênus. Com a solução do litígio, deu-se o rapto de Helena – episódio genitor da Guerra de Troia (HOMERO, 2013, p. 167-168).

O dilema – ou trilema – em relação à escolha de valores concorrentes – que coexistem em uma tensão desconfortável, logo se encontram impossibilitados de serem maximizados a tempos simultâneos – circunda uma miríade de narrativas míticas greco-romanas, panorama sugestivo da aquisição, desde a mais tenra *Idade dos Homens*, de uma consciência acerca da inverossímil conciliação entre a totalidade dos preceitos positivos aprovados – e desejados – pela razão. Ante controvérsias iminentes entre quaisquer objetos, a escolha – figura inexorável ao progresso, ao agir – é legada ao homem.

Ulisses, em determinado momento de sua *odisseia*, do périplo percorrido em regresso a Ítaca, é acolhido pela ninfa Calipso, que o retém junto de si durante sete anos. Prestes a retomar a tempestuosa viagem, Calipso o persuade a permanecer na ilha de Ogígia; se o herói repousasse em sua morada, torná-lo-ia imortal, e a velhice não o alcançaria. Todavia, Ulisses abjura da proposta em detrimento do retorno a casa. Em virtude da ânsia por rever a esposa e o filho, abnega a imortalidade e a juventude eterna porque elege o retorno à terra pátria como um valor superior àqueles (HOMERO, 2011).

Antígona, ante a ordem de Creonte para que os ritos fúnebres fossem negados a Polinice, vê-se enrodilhada por um conflito: deveria agir conforme a lei divina, natural, ou conforme a lei positiva? Decidindo pelo sepultamento do irmão, desencadeia sua própria morte (SÓFOCLES, 2018).

A caminho da fundação de Alba Longa – origem primitiva da cidade de Roma –, Eneias testemunha consequências infortunadas derivadas de uma escolha infausta: se Sibila, criatura já vivente há sete séculos, tivesse se entregado ao amor

de Apolo, o deus teria lhe dado anos infinitos e a juventude eterna; contudo, porque desprezara a proposta de Febo, tornou-se imortal – mas tendo seus dias consumidos pela velhice, e os membros, cada vez mais, reduzidos a um peso insignificante. Seu comportamento de afronta ao deus desaguou em sua desventura: quem a visse, como Eneias, na condição de seu espectador, jamais seria capaz de afirmar que outrora fora objeto da paixão de um deus (OVÍDIO, 2017, p. 737-740).

A recusa ao *entregar-se* ao amor de Apolo implicou o infortúnio de outras personagens míticas: Cassandra, irmã de Páris, ganhou do deus os dons proféticos prometidos; porém, em razão da recusa, sucumbiu à descrença de todos aqueles a quem contasse suas profecias (LÍCOFRON, 2017). Dafne, sob a decisão de não corresponder à sedução apolínea, rogou aos deuses sua metamorfose em um ser impassível da violentação do deus; atendida a prece, Dafne viu-se metamorfoseada em um loureiro – “δάφνη” em grego – (OVÍDIO, 2017, p. 77-85); daí o simbolismo da coroa de louros, artefato identificado com o deus.

O dilema entre a entrega, a realização do amor, e o recolher-se, a castidade, enfrentado coaduna a inarredável necessidade da escolha entre valores inerentemente inconciliáveis.

Se o olhar se volta à contemporaneidade, apreendida em sua realidade fática, vê-se a permanência dessa *inexorável escolha de valores concorrentes legada ao homem*. No interior do Direito Internacional, vislumbra-se o enfrentamento inextricável de tradeoffs.

A crescente tendência do unilateralismo entre as governanças mundiais, em concomitância à redução de instrumentos cooperativos afeiçoados à multilateralidade, ergue um véu de incertezas sobre escolhas futuras a serem tomadas nos tribunais internacionais (LIMA; PALCHETTI, 2021, p. 10). Se Páris, ao solucionar o litígio divino, viu-se enredado por um trilema cuja resolução demandava a escolha de um único caminho, os tribunais internacionais veem-se circunscritos por um outro trilema, cuja complexidade excede, em demasia, aquela enfrentada por Páris; a despeito do tema divino julgado, a necessidade de enveredar-se por um único rumo – por óbvio, o que fosse, ao seu olhar, mais benéfico a si – torna a solução da controvérsia suscitada pelo pomo dourado mais simplista.

O trilema a ser desnudado pelos tribunais internacionais, porém, ao mesmo tempo em que aponta a impossibilidade de três valores positivos que coexistem em uma tensão incômoda serem maximizados simultaneamente, desvela que dois deles podem apresentar-se em altos níveis a instantes simultâneos.



Se outrora o indivíduo protagonizava o trilema, agora o protagonismo recai, essencialmente, sobre os juízes e sobre os Estados. Conforme declaram Paolo Palchetti e Lucas Carlos Lima (2021, p. 18) no prefácio de *O trilema judicial*, os Estados têm uma função tríplice no âmbito dos tribunais internacionais, já que atuam como seus criadores, como seus clientes e, também, como seus reformadores.

Os Estados que delineiam os contornos e os valores a serem protegidos e os juízes que, responsáveis pela administração da justiça internacional, comportam-se à luz dos regulamentos estabelecidos pelos Estados lidam com uma gama de *tradeoffs* entrelaçados a três valores particulares. Constituintes do *trilema judicial* bordado por Jeffrey Dunoff e por Mark Pollack (2021, p. 22), esses valores compreendem: *a independência judicial* – a liberdade concedida aos juízes para julgarem os casos com respaldo na lei e nos fatos, livres de influências extralegais –, *a accountability judicial* – mecanismos mediante os quais os Estados, à luz dos regimentos estruturantes de cada tribunal, controlam o exercício dos juízes – e a transparência judicial – meios que tornam possível a identificação de posições individuais assumidas pelos juízes.

A lógica do trilema judicial, na medida em que rememora a *inexorável escolha* de determinados valores em detrimento de outros, traz, a lume, o trilema arquitetado ao redor do pomo da discórdia. Assim, respeitadas as devidas dissonâncias, assume-se que Estados e juízes, quando do enfrentamento de *tradeoffs* ligados ao trilema, veem um novo *pomo de ouro* ser remetido ao seu arbítrio. Já não mais atirado pela Discórdia, tem sua gênese no interior das próprias estruturas dos tribunais internacionais. O *pomo dourado* é então lançado: se a maximização simultânea de independência, transparência e *accountability* judiciais é impossibilitada, é necessário que se privilegiem dois desses valores e, assim, que se redesenhe a configuração do trilema.

Sob esse ângulo, Dunoff e Pollack (2021, p. 23) revelam os três ideais possíveis de reação ao trilema: um tribunal pode apresentar altos níveis de independência e de *accountability* judiciais a custo do sacrifício de transparência judicial – padrão encontrado no Tribunal de Justiça da União Europeia –, altos níveis de transparência e de independência caso a *accountability* individual dos juízes seja minimizada – modelo hoje observado no Tribunal Penal Internacional – ou, ainda, altos níveis de transparência e de *accountability*, ideal em que a independência fica sujeita a uma ameaça sistêmica e do qual a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é representante; ou melhor, *seria* representante.



À luz da obra *O trilema judicial*, o escopo deste artigo é demonstrar se, de fato, a CIJ corresponde a essa terceira projeção do *design* institucional. Com o objetivo de demonstrá-lo, recorrer-se-ão ao Regulamento da Corte de 1978, ao caso contencioso *Pulp Mills on the River Uruguay*, à Sexta Comissão do Anuário do Instituto de Direito Internacional e às obras de Antônio Augusto Cançado Trindade e de Malcolm Shaw

Pincelados os valores constituintes do Trilema, é chegada a hora de detalhá-lo com mais diligência a fim de que a investigação pretendida se inicie.

2. DESIGN RACIONAL E POLÍTICA JUDICIAL

Para perscrutar a lógica do trilema judicial, os autores valem-se de duas tradições acadêmicas pouco utilizadas conjuntamente, tampouco aplicadas a estudos acerca de cortes e de tribunais internacionais.

A primeira tradição de pesquisa evocada é o *design racional*, linha de estudos que concebe as instituições internacionais como engrenagens capazes de atribuir durabilidade e viabilidade à cooperação interestatal. Advindas de uma atuação racional dos Estados voltada à conquista de seus interesses particulares, estruturam-se a partir de uma análise das opções de *design* institucional plausíveis à problemática substancial de cooperação que os Estados buscam solucionar (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 30).

Os autores procuram extrapolar esse marco teórico em razão dos elos existentes entre as diversas características dos tribunais internacionais, as quais não podem ser apreendidas isoladamente, bem como em virtude do restrito número de *players* delimitado ao escopo de investigação do *design* racional.

Mecanismos individuais do *design* reagem entre si de formas distintas: elementos como votações públicas, a manifestação de dissidências, mandatos judiciais renováveis e a duração do mandato judicial interpenetram a lógica do Trilema, de sorte a influenciarem-se reciprocamente; o arranjo inicial de um pode resultar na mudança de outro – daí a inviabilidade de serem observados à luz de uma abordagem preocupada somente com características singulares, míope a essa interação (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33).

Ademais, se, no interior dessa tradição, vislumbram-se os Estados como os únicos arquitetos – como os únicos *designers* racionais – dos tribunais internacio-



nais, os autores ambicionam também situar os juízes no centro da investigação. Se é verídico que os Estados “são os motores iniciais e primários ao rascunhar o estatuto de uma corte” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 23), de modo a serem protagonistas dos momentos fundacionais do design, por outro lado, no que tange ao efetivo funcionamento das instituições internacionais, compartilham o protagonismo com os juízes – personagens que “se engajam em escolhas mais restritas, porém estratégicas, à luz das decisões sobre o *design* feitas pelos Estados” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 23). A partir da análise e da resolução de conflitos, da interpretação do direito acordado entre os Estados e da declaração de opiniões fundamentadas, os juízes influenciam o próprio *design* institucional, acrescentando-lhe, inclusive, novas fontes do direito.

Sob essa ótica, Dunoff e Pollack extrapolam o *design racional* e inserem, em sua análise, a perspectiva da *política judicial*, a qual compreende os juízes como “atores racionais maximizadores de utilidade que buscam realizar seus objetivos conforme as variáveis restrições impostas pelas instituições e configurações estatutárias” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33). A independência judicial, por sua vez, é definida como a “capacidade dos juízes de julgar casos estando livres de pressões extralegais de atores externos” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 34).

A despeito da riqueza captada ao estudar não o comportamento isolado do juiz, mas sim o comportamento sedimentado em um contexto político específico, a política judicial não é arguta em observar a influência de fatores como mandatos judiciais curtos e renováveis, votações públicas e a publicidade de opiniões separadas, concorrentes ou dissidentes, sobre a independência judicial (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 37). Assim, os autores direcionam um olhar minucioso aos valores abarcados pelo Trilema com o intuito de melhor examinar suas complexas interações.

3. AS INTER-RELAÇÕES ENTRE TRANSPARÊNCIA, INDEPENDÊNCIA E ACCOUNTABILITY JUDICIAIS

Os próprios Estados ambicionam a existência da independência judicial porque visam à solução imparcial de litígios de terceiros. Descentralizado, delineado a partir de uma ordem de horizontalidade – dissonante, portanto, da verticalidade característica do direito interno, centralizado na estrutura piramidal kelseniana, em um ordenamento jurídico hierárquico cujo vértice é a constituição –, o direito



internacional abarca uma vastidão de Estados guiados pelo binômio *soberania-interesse nacional*, dispostos a agir conforme as normas jurídicas com as quais consentiram.

No interior de uma ordem mundial estadocêntrica, o espaço situado para além do território nacional soberano, *a priori*, consiste em um verdadeiro *átomos*, em um “não lugar”. Indefinível, porque inapreensível, localiza-se em uma terra incógnita (CESARE, 2020, p. 37-38).

Os tratados internacionais possibilitam a dissolução desse cenário anárquico, capaz de aguçar uma guerra de todos (os Estados) contra todos (os Estados). Em um cenário de atopia, de anarquia – aquém do *outro-estrangeiro*, mas além do *nós-nacional*, do *nós-residente* –, isento de mecanismos centralizados de controle e de *enforcement*, “cortes independentes permitem que os Estados aumentem a credibilidade dos compromissos que assumem com os outros” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 38). Capazes de identificar e de difundir violações, tendem a elevar o ônus derivado de descumprimentos e, assim, ampliam as chances de os Estados executarem suas obrigações. O próprio incentivo ao cumprimento obrigacional viabiliza um maior apreço da cooperação internacional (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 38).

Se antes os Estados podiam assumir a posição do espectador que, da terra firme, contempla o naufrágio de outrem, a partir da jurisdição de tribunais internacionais, passam a manifestar aversão à inércia daquele que – segundo a imagem tecida no segundo livro *De rerum natura*, de Lucrécio (apud CESARE, 2020, p. 45) – diz: “doce é observar de tão seguro porto...”. Agora, têm consciência de que

A terra não parece nem parada nem segura, mas incerta e vacilante como o mar. Por isso é inútil eleger-se espectador dos males do mundo buscando ondas estáveis, pontos de vista privilegiados. O espectador está sempre envolvido, porque as ondas, em que vê os outros afundarem, não são uma ameaça superada para sempre e poderiam de repente fazer submergir também o seu rochedo. Melhor, então, reconhecer o dever de agir (CESARE, 2020, p. 45-46).

Melhor, então, cumprir o compromisso pactuado com os outros Estados.

Todavia, a independência judicial não é, por óbvio, isenta de restrições; verificações robustas do exercício do poder judicial são fundamentais à harmônica operacionalização dos tribunais. Nesse sentido, a *accountability* germina como outro valor de interesse ao Trilema.



Concentrada no juiz individual, não na corte enquanto instituição, a *accountability* judicial² constitui “uma categoria substancialmente mais restrita” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 39). Dentre os elementos por ela abarcados, os professores destacam mandatos renováveis e procedimentos de reeleição ou de renomeação.

Designa-se a transparência judicial, também denominada *identificabilidade judicial*, a “capacidade de identificar a posição ou voto de um juiz em particular em uma questão específica perante a corte” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 44). Segundo os autores, encontram-se as engrenagens mais frequentemente relacionadas à identificabilidade na forma e no conteúdo das sentenças, sobretudo no uso de opiniões separadas e na publicidade da votação (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 44).

Nesse íterim, é necessário destacar que, na perspectiva de juízes que gozam de mandatos vitalícios, a emissão de opiniões públicas, em potencial, indesejadas pelo seu Estado de origem – bem como por quaisquer outros em caso de uma *accountability* difusa ou forte a cada um dos Estados votantes nos procedimentos de reeleição – certamente não paira sobre a independência judicial de maneira ameaçadora; haja vista a ocupação de um cargo vitalício, o juiz encontra-se, de maneira geral, imune a retaliações ou recompensas políticas (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 47). Essa ameaça torna-se, contudo, mais robusta no instante em que se direciona o olhar à divulgação de votos individuais e à publicidade de opiniões assinadas por juízes cujo mandato é limitado e renovável. Nesse panorama, Dunoff e Pollack insistem na certeza de que os altos níveis de transparência e de *accountability* exercerão uma pressão sobre a independência judicial, delimitando-a: ao mesmo tempo em que há a possibilidade de emitirem uma opinião de acordo com os interesses de seu Estado de origem – desejosos de fortalecer a probabilidade da reeleição –, é possível que, à causa de opiniões indesejadas, díspares a interesses nacionais, sejam retaliados e, sem qualquer outra justificativa verossímil, tenham a renovação de seus mandatos barrada (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 47).

Sob esse ângulo, é válido mencionar que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), cuja duração do mandato judicial é de seis anos, notabiliza-se, desde sua criação, pela ausência de opiniões separadas em quaisquer julgamentos, o que muitos juízes da TJUE justificam sob a égide do Protocolo (nº 3) Relativo ao

² Os autores, a partir de uma citação de Ruth W. Grant e de Robert O. Keohane presente no artigo *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, trazem a seguinte definição de *accountability*: “[significa que] alguns atores têm os direitos de manter outros atores sujeitos a um conjunto de padrões, de julgar se eles cumpriram suas responsabilidades à luz desses padrões e de impor sanções se determinarem que essas responsabilidades não foram cumpridas.” (GRANT; KEOHANE, 2005, p. 29, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 39).



Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo art. 35 determina que “as deliberações do Tribunal de Justiça são e permanecem secretas” (PROTOCOLO RELATIVO AO ESTATUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2010)

Nessa perspectiva, comenta Josef Azizi (2011, p. 52), juiz do TJUE:

Court's final decisions are fully available and sometimes even explained by press releases, any access to information on the EU courts' internal decision-making in specific proceedings is prohibited. More particularly, it is therefore impossible for the parties as well as for the general public, to know the opinions of the different judges (...) Moreover, the full secrecy of deliberations also excludes to reveal the mere number of judges who have adhered to the final judgment and to specify the reasons why they partly or entirely disagree with that judgment.³

Dentro desse aspecto, é interessante ressaltar que o Estatuto da CIJ, em seu art. 54.3, assevera que “as deliberações da Corte se darão em ambiente privado e permanecerão secretas” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945). Assim, percebe-se que a contraposição entre os juízes da CIJ – que concordam com a publicação da identidade e do número dos juízes participantes de um julgamento particular, bem como com a declaração e com a divulgação de opiniões separadas – e os juízes do TJUE advém de uma distinção interpretativa.

Em outra passagem, Azizi (2011, p. 55-56) comenta a relação entre o sigilo das deliberações e a independência judicial:

Seen from this angle, the obligation to keep the secrecy of deliberations is simply an appropriate means to guarantee judicial independence (...) The possibility of making known the position of a judge (...) his or her attitude in order to be in line with his or her Member State or with the public opinion prevailing in his or her Member State. In this respect, the relevant question is not so much (...) whether or not a judge would be strong enough to resist such potential pressures which might possibly lead him or her to anticipate the desired attitude; relevant is only that the mere taint of the external appearance or even likelihood

³ As decisões finais dos tribunais estão totalmente disponíveis e, por vezes, até explicadas por comunicados de imprensa, qualquer acesso a informações sobre a tomada de decisões internas dos tribunais da União Europeia em processos específicos é proibido. Mais especificamente, não é, portanto, possível para as partes nem para o público em geral conhecer as opiniões dos diferentes juízes. Ademais, o sigilo total das deliberações também exclui a revelação do número de juízes que aderiram ao julgamento final e de se especificar as razões pelas quais dele discordam parcial ou integralmente (tradução livre).



to meet such expectations could not be ruled out (...) Consequently, reasons justifying the secrecy of deliberations and thus excluding dissenting opinions (...) would prevail for as long as the but limited legal term of office confronts judges with the need for future professional perspectives.⁴

Ainda nesse sentido, Federico Mancini e David Keeling (1994, p. 176) aguçam uma complexa reflexão acerca dos impactos dos Estados nas decisões judiciais no âmbito do tribunal europeu:

Less unorthodox, at least in appearance, is the judicial branch of government: but here too the legitimacy of the organ which embodies judicial power, the Court of Justice, could hardly be weaker. The judges (...) are appointed by common accord of the governments of the Member States. They hold office for six years and may be reappointed (or, of course, not reappointed). *Few supreme courts in the western world are so lacking in links, direct or indirect, with the symbols of democratic government and in few countries is the judiciary so bereft of formal guarantees of its independence* (Grifos meus).⁵

Assim, nota-se que, impossibilitada a maximização dos três recursos, é necessário que o *design* opte pelo sacrifício de algum valor. A transparência, a *accountability* ou a independência terá de ser – ou será inevitavelmente caso não haja uma escolha prévia – minimizada. Eis a lógica do Trilema (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 48).

Em um tribunal no qual os Estados deem preponderância à *accountability* e à independência, haverá a minimização da transparência. Sob esse ângulo, podem desenhar um tribunal cujos juízes tenham mandatos renováveis e limitados; podem estabelecer estatutos que permitam aos juízes a declaração de sentenças *per curiam*, de sorte a não ser possível identificarem-se votos e opiniões individuais. Os juízes, por sua vez, podem reduzir sua vulnerabilidade a retaliações – em respostas estatais a declarações impopulares ou indesejadas – a partir da emissão

⁴ A possibilidade de tornar conhecida a posição de um juiz [...] poderia colocá-lo sob pressão para mudar sua atitude para estar em conformidade com o seu Estado membro ou com a opinião pública prevalecente no seu Estado de origem. A esse respeito, a questão relevante não é tanto [...] se um juiz seria forte o suficiente para resistir a pressões potenciais que poderiam levá-lo a antecipar o posicionamento desejado; apenas é relevante que a mera mácula da aparência externa ou mesmo a probabilidade de atender a essas expectativas não pudessem ser descartadas [...]. Consequentemente, razões que justifiquem o sigilo das deliberações e, portanto, excluam as opiniões dissidentes [...] prevalecerão enquanto o prazo legalmente limitado do mandato confrontar os juízes com a necessidade de futuras perspectivas profissionais (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 65).

⁵ Menos pouco ortodoxo, ao menos em aparência, é o ramo judicial do governo: mas também aqui a legitimidade do órgão que encarna o poder judicial, o Tribunal de Justiça, dificilmente poderia ser mais fraca. Os juízes (...) são nomeados de comum acordo pelos governos dos Estados membros. Eles têm um mandato de seis anos e podem ser renomeados (ou, é claro, não renomeados). Poucos tribunais superiores no mundo ocidental têm tanta falta de vínculos, diretos ou indiretos, com os símbolos de um governo democrático e em poucos países o poder judiciário está tão desprovido de garantias formais de sua independência (tradução livre).

de decisões *per curiam* ou da supressão de votos e de opiniões individuais, ainda que o regulamento do tribunal permita a votação aberta e a emissão de opiniões separadas. O *suplício* da transparência aparece então como uma tentativa de proteger a independência.

Caso os Estados valorizem a transparência e a independência, desejando maximizá-las, podem delinear um estatuto que permita a votação pública e a emissão de opiniões separadas; mas que, caminhando rumo ao sacrifício da *accountability*, estabeleçam mandatos judiciais não renováveis, de duração limitada ou vitalícia. Em tribunais cujas decisões sejam individualmente identificáveis, os juízes acabam por lidar com incentivos para emitir declarações favoráveis aos Estados responsáveis pelos procedimentos de reeleição ou de renomeação. Daí a imprescindível renúncia à *accountability* (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 49-51).

O terceiro *design* institucional – o qual maximiza a *accountability* e a transparência – entrelaça-se à ameaça sistêmica da independência judicial uma vez que os juízes se tornam sujeitos a retaliações dos Estados membros em virtude de opiniões e de votos individualmente identificáveis. A vulnerabilidade aí floresce seja como resposta ao desejo dos juízes de galgar recompensas políticas, seja como resposta ao tratamento dos Estados como “atores racionais unitários que projetam tribunais internacionais e respondem ao comportamento de juízes internacionais à luz de alguma concepção do interesse nacional” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 55).

A Corte Internacional de Justiça, ao olhar dos autores, corresponde ao terceiro ideal supradescrito. A seguir, deter-se-á nela para a investigação da lógica do Trilema Judicial em seu interior.

4. O PRINCIPAL ÓRGÃO JUDICIÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS⁶: A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) tem como lastro o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), associado à Liga das Nações em virtude de o art. 14 do Tratado de Versalhes estabelecer a criação de uma comissão de juristas para desenhar o estatuto de uma corte permanente de caráter internacional. A CPJI atuou, de 1922 a 1946 – quando de sua dissolução –, como a

⁶ O art. 92 da Carta da Organização das Nações Unidas dispõe: “A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).



primeira corte internacional permanente de jurisdição geral. O Estatuto da CIJ, por sua vez, foi adotado na Conferência de São Francisco, responsável pela criação das Nações Unidas. Segundo o art. 92 da Carta da ONU, o Estatuto da CIJ constitui parte integrante da Carta.

A CIJ apresenta uma dupla função: a) a função contenciosa lhe imputa o julgamento de litígios submetidos pelos Estados; b) a consultiva, a emissão de pareceres acerca de questões jurídicas a ela demandadas por todo órgão ou instituição das Nações Unidas autorizado a demandá-los. Ressalta-se que a Corte não exerce uma jurisdição obrigatória sobre os casos contenciosos; somente terá competência para decidir alguma controvérsia caso os Estados partes declararem reconhecer sua jurisdição⁷.

As decisões são definitivas e vinculantes nos casos contenciosos. Sob esse ângulo, a Carta, em seu art. 94, 1, assevera que os Membros das Nações Unidas se comprometem a conformar-se com a decisão da Corte em controvérsias nas quais forem uma das partes.

É composta de quinze juízes, sendo-lhe vedada a inclusão de mais de um representante do mesmo Estado. Todavia, o art. 31, 3, do Estatuto dispõe que, caso a Corte não seja composta por um juiz da nacionalidade das partes em controvérsia, qualquer uma delas pode designar um candidato de sua escolha para ocupar a qualidade de juiz (*ad hoc*), enquanto perdurar o julgamento do respectivo litígio; daí a possibilidade de contar com até 17 membros – 15 efetivos e dois juízes *ad hoc*.

Os membros são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança a partir de uma lista de candidatos indicados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem (CPA), os quais são designados pelos próprios Estados.

Para obterem um assento junto à CIJ, os candidatos devem receber a maioria absoluta dos votos tanto na Assembleia Geral quanto no Conselho de Segurança; ambos os órgãos das Nações Unidas têm eleições simultâneas, mas independentes. Os membros da Corte são eleitos para um mandato de nove anos, o qual é reelegível.

⁷ O art. 36, 2, do Estatuto da CIJ afirma: "Os Estados-partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem 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 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." (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).

Quanto ao procedimento de reeleição, é imperativo que os candidatos obtenham o apoio de seu Estado de origem. Novamente há a análise dos candidatos por parte da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Compreende-se, portanto, que os juízes da Corte dependem, *de facto*, de seus Estados para que a reeleição se efetive (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 84). Demonstra-se daí que, no *design* institucional da CIJ, há uma *accountability* forte e direta ao Estado de origem do juiz e uma *accountability* difusa aos demais Estados (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33).

Para além dos altos níveis de *accountability*, a Corte delinea-se de forma a também maximizar a transparência. Um olhar sobre o art. 95, 1 e 2, do Regulamento da Corte de 1978 o atesta: o texto normativo declara que a sentença deve incluir não somente os nomes dos juízes nela participantes, mas também uma indicação do número e dos nomes dos juízes que constituíram a opinião majoritária. Ainda, que qualquer juiz pode, se assim o desejar, anexar ao julgamento sua opinião separada ou dissidente; um juiz que deseje registrar seu acordo ou sua dissidência sem apresentar quaisquer justificativas pode fazê-lo na forma de uma declaração.

Se a Corte apresenta altos níveis de transparência e de *accountability*, sua independência estaria submetida a riscos segundo a lógica do Trilema. A despeito de os juízes gozarem de privilégios e de imunidades diplomáticas, os autores apontam a ameaça sistêmica da independência judicial nesse horizonte.

Mesmo que reiterem a declaração de José E. Alvarez (*apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 90) quanto ao fato de que “há evidências consideráveis de que aqueles que atuam nos tribunais, incluindo seus juízes, consideram-se, como Lauterpacht os teria descrito, agentes da ‘comunidade internacional’ empenhados na busca de ‘justiça’ amplamente entendida”, os autores ratificam a sustentação de estudiosos e de juristas relativa ao desejo de permanência em sua respectiva posição política que os juízes internacionais nutrem. Assim, ainda que a sede de reeleição seja uma motivação secundária, acaba por exercer pressões significativas sobre o comportamento dos juízes; logo, sobre a independência judicial – em particular, quando o fim do mandato se aproxima. O olhar de Sir Gerald Fitzmaurice, fundado em uma revisão de seus dois mandatos na CIJ, corrobora o pensamento dos autores à luz desta observação:

Eleições frequentes criam ocasiões em que várias pressões políticas e psicológicas podem ser exercidas sobre a Corte e seus membros e, o que é ainda pior, podem permitir que ela seja constituída – ou reconstituída – visando diretamente um caso específico submetido anteriormente ou prestes a ser, ou alguma fase que ainda precisa ser julgada. Essas estão muito longe de serem meramente possibilidades teóricas ou hipotéticas. Elas causaram uma preo-



cupação por muitos anos – uma preocupação que o tempo e a experiência íntima serviram apenas para confirmar (FITZMAURICE, 1973, p. 288-289, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 92).

Nessa perspectiva, é interessante destacar o seguinte pensamento de Theodor Meron:

Preocupa-se com a frequência que um juiz de uma corte internacional que esteja apreensivo com as perspectivas de reeleição por seu governo possa decidir casos para não antagonizar poderosos Estados membros da ONU e, especialmente, seu próprio Estado [...] Mandatos longos não renováveis oferecem a melhor proteção à independência (MERON, 2005, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 93).

Os autores ressaltam, entretanto, que, à parte das pressões exercidas pelo próprio cenário estrutural da CIJ sobre a independência judicial, a integridade dos juízes não é necessariamente maculada; há aqueles que, de fato, abnegam interesses privados em detrimento da supremacia do Direito sobre a regulação da justiça – em detrimento da promoção do *rule of law*.

Ainda em relação à ameaça sistêmica que paira sobre a independência judicial da CIJ, é válido rememorar a Sexta Comissão do Anuário do Instituto de Direito Internacional, que tratou da situação do juiz internacional. No ponto de referência 38, afirma-se:

Dans l'absolu, la meilleure garantie que l'on puisse imaginer pour assurer l'indépendance des juges consisterait à leur conférer un mandat à vie. L'idée avait été évoquée lors de l'élaboration du statut de la Cour permanente de justice internationale, mais écartée, car le Comité consultatif de juristes qui avait préparé ce statut, avait estimé qu'un tel mandat « comporterait le risque de voir des juges, devenus incapables, continuer d'exercer leur fonction ». [...] Le Comité consultatif avait par suite choisi le mandat de 9 ans comme permettant de « garantir une certaine continuité dans la jurisprudence » et « d'assurer l'indépendance de juges ». Il avait en outre jugé « indispensable que les membres de la Cour soient rééligibles ». Ainsi, ajoutait-il « ceux qui ont rendu de véritables services, et bien mérité de la Société des Nations par une administration de la justice aussi éclairée qu'impartiale, resteront en fonction »⁸ (INSTITUTO

⁸ Em termos absolutos, a melhor garantia que podemos vislumbrar para assegurar a independência dos juízes consistiria em conferir-lhes um mandato vitalício. A ideia tinha sido levantada durante a elaboração do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas foi rejeitada porque o Comitê Consultivo de Juristas que preparara esse Estatuto considerou que esse modelo de mandato “comportaria o risco de que juízes não mais capacitados continuassem a exercer suas funções”. [...] O Comitê Consultivo escolheu, portanto, o mandato de nove anos como uma possibilidade de “garantir uma certa continuidade na jurisprudência” e de “assegurar a independência dos juízes”. Também julgou “essencial que os membros da Corte sejam reelegíveis”. Então, acrescentou: “aqueles que prestaram serviços profícuos e mostraram-se merecedores do cargo ocupado ante a Liga das Nações, por uma administração da justiça tão esclarecida quanto imparcial, nele permanecerão” (tradução livre).

DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 19-20).

A seguir, expressa-se que:

A l'inverse, la crainte a été exprimée depuis lors que des juges souhaitant être réélus, attachent dans l'exercice de leurs fonctions une importance excessive au point de vue de l'Etat dont ils espèrent être candidats et de manière plus générale à celui des Etats dont ils entendent obtenir le soutien⁹ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 20. Grifos meus).

Nota -se aí um eco da pressão sobre a independência judicial ilustrada pelo Trilema.

Segundo a Resolução da Sexta Comissão, o Instituto formula as seguintes diretrizes quanto à duração do mandato judicial:

Article 2: Durée de fonctions des juges. 1. En vue de renforcer l'indépendance des juges, il serait souhaitable que ceux-ci bénéficient de mandats de longue durée, de l'ordre de neuf à douze ans. Ces mandats ne seraient pas renouvelables. 2. Pendant toute la durée de leur mandat, les juges doivent bénéficier de l'inamovibilité. Il ne peut être mis fin à leurs fonctions que dans le cas où ils ne rempliraient plus les conditions requises pour l'exercice de ces fonctions et à la suite d'une décision prise par leurs pairs à l'issue d'une procédure équitable. Une telle décision peut être précédée, si nécessaire, d'une mesure de suspension. Ces décisions ne sauraient être prises que par une majorité qualifiée, qui pourrait être des trois quarts¹⁰ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 129. Grifos meus).

O Artigo 6º, por sua vez, institui que

L'indépendance d'une juridiction est fonction, non seulement des conditions de nomination des juges et de leur statut, mais encore des modalités d'organisation et de fonctionnement de cette juridiction. A cet égard, les greffes des cours et tribunaux, tout en jouissant de l'autonomie nécessaire à une bonne

⁹ Por outro lado, teme-se, desde então, que juízes desejosos de serem reeleitos possam atribuir uma importância excessiva, no exercício de suas funções, aos interesses do seu Estado de origem e, de maneira mais geral, àqueles dos Estados cujo apoio buscam (tradução livre).

¹⁰ Artigo 2º: Termos do mandato judicial. 1. Com o objetivo de fortalecer a independência dos juízes, seria desejável que tivessem mandatos longos, da ordem de nove a doze anos. Esses mandatos não seriam renováveis. 2. Os juízes devem gozar de imunidades durante todo o seu mandato. Eles somente podem ser destituídos do cargo se não mais preencherem as condições exigidas para o desempenho de suas funções e somente após uma decisão tomada por seus pares à luz de um procedimento justo. Tal decisão pode ser precedida, se necessário, de uma medida de suspensão. Essas decisões podem ser tomadas apenas por uma maioria qualificada, que poderia ser de três quartos (tradução livre).

¹¹ A independência de uma jurisdição depende não apenas das condições de nomeação dos juízes e de seu estatuto, mas também da organização e do funcionamento da jurisdição. A esse respeito, os membros de cortes e de tribunais, gozando da autonomia necessária para uma boa gestão, devem, em última instância, permanecer sob a autoridade da corte ou do tribunal em questão (tradução livre).



gestion, doivent en dernier ressort demeurer sous l'autorité de la cour ou du tribunal concerné¹¹ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2021, p. 130).

No que concerne ao elo tecido entre interesses abstratos dos Estados e decisões de casos contenciosos, Cançado Trindade manifesta-se no seguinte mote:

O exercício da função contenciosa da CIJ encontra-se, desde o início (tanto da CIJ quanto de sua predecessora a CPJI), restringido por uma limitação de sua competência, o *ratione personae*: somente os Estados podem apresentar casos contenciosos à Corte. Trata-se de um mecanismo rigidamente interestatal. O caráter exclusivamente interestatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos (no período de 1955 a 2004), relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte¹². Exemplos bem recentes em que as preocupações da CIJ têm se estendido bem além da dimensão interestatal encontram-se nos casos recentes das *Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica versus Senegal, 2009 e 2012) atinente ao princípio da jurisdição universal sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, o caso de A.S. *Diallo* (Guiné versus R.D. Congo, 2010 e 2012) sobre detenção e expulsão de estrangeiro, o caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, 2010-2012), o caso da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, 2011), o caso do *Templo de Préah Vihear* (medidas provisórias de proteção, Camboja versus Tailândia, 2011) (...) Em todos estes casos, não há como deixar de reconhecer que o *elemento predominante tem sido precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações inter se. A artificialidade do caráter exclusivamente interestatal do contencioso ante a CIJ é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração. Em muitos casos, os problemas submetidos ao conhecimento da CIJ requerem desta um raciocínio que transcenda a dimensão interestatal. Assim, o fato de o mecanismo ser interestatal (...) não significa que o raciocínio da Corte na fundamentação de uma Sentença tenha que ter presentes tão só os Estados e seus interesses* (TRINDADE, 2013, p. 21-23. Grifos meus).

Em particular, no texto de Cançado Trindade, salta aos olhos a (suposta) predileção da CIJ pela “situação concreta de seres humanos” em detrimento das “meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes”. Na medida em

¹² Nesse ínterim, Cançado Trindade cita, em rodapé, o caso *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein versus Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda versus Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão versus Índia, 1973), dos *Reféns* (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em *Teerã* (Estados Unidos versus Irã, 1980), do Timor-Leste (Portugal versus Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina versus Iugoslávia, 1996), os casos *Breard* (Paraguai versus Estados Unidos, 1998), *LaGrand* (Alemanha versus Estados Unidos, 2001) e *Avena* (México versus Estados Unidos, 2004).

que revela a existência de uma “artificialidade do caráter exclusivamente interestatal do contencioso” e a extrapolação, na fundamentação das decisões judiciais, de um raciocínio que englobe somente a lógica dos Estados como sujeitos de direito internacional, o autor desnuda a influência de um raciocínio não previsto pelo Estatuto – ou pelo *design* estrutural da Corte – sobre o processo decisório da CIJ.

Se há a possibilidade de que a “situação concreta de seres humanos” seja vislumbrada a partir de dissonantes olhares judiciais – limitados, claro, pelas fontes do direito internacional –, é certo que o fator psicológico influi sobre a independência dos juízes – daí ser inverossímil mensurá-la com a exatidão da estatística.

Ainda no âmbito da independência judicial e nas veredas do processo de politização que enrodilha os juízes da CIJ, na luminosa obra *International Law*, Malcolm Shaw (2017, p. 804-805) declara:

The members of the Court are elected by the General Assembly and Security Council (voting separately) from a list of qualified persons drawn up by the national groups of the Permanent Court of Arbitration, or by specially appointed national groups in the case of UN members that are not represented in the PCA. *This provision was inserted to restrict political pressures in the selection of judges.* The elections are staggered and take place once every three years, with respect to five judges each time. *In this way some element of continuity amongst the Court is maintained.* In practice, there is close co-ordination between the Assembly and Security Council in electing judges and political factors do obtrude, especially in view of the requirement contained in article 9 of the Statute. *This process has attracted much criticism on the grounds of attendant politicisation but (...) it is difficult to see a way to avoid this completely*¹³ (Grifos meus).

Para além da abstração normativa do Estatuto da CIJ e da doutrina aqui selecionada, é necessário investigar o delineamento do Trilema a partir do caso concre-

¹³ Os membros da Corte são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança (votando separadamente) a partir de uma lista de pessoas qualificadas, elaborada pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem ou por grupos nacionais especialmente nomeados no caso de membros da ONU que não estão representados na CPA. Essa disposição foi inserida para restringir as pressões políticas na seleção de juízes. As eleições são escalonadas e ocorrem uma vez a cada três anos, das quais participam cinco juízes de cada vez. Dessa maneira, algum elemento de continuidade entre o Tribunal é mantido. Na prática, há uma estreita coordenação entre a Assembleia e o Conselho de Segurança na eleição de juízes e fatores políticos se opõem, especialmente tendo em vista a exigência contida no artigo 9 do Estatuto. Esse processo tem atraído muitas críticas com base na politização que o acompanha, mas (...) é difícil ver uma maneira de evitar completamente (tradução livre).



to. Sob essa ótica, à luz da resolução de um caso contencioso, empreende-se uma tentativa quanto à compreensão da maneira pela qual a tessitura do Trilema se dá no plano real, durante o exercício da função contenciosa¹⁴. A *accountability* – valor já considerado, neste trabalho, maximizado pela CIJ em razão dos procedimentos de reeleição e da duração dos mandatos estabelecidos pelo *design* – será agora relegada a um segundo plano. Os recursos de maior interesse, por ora, são a transparência e a independência; daí a abordagem abaixo os elegerem como centro de investigação.

5. PULP MILLS NO RIO URUGUAI: O CASO DAS PAPELERAS

Papeleras designa, em língua espanhola, as indústrias de papel e de celulose e, ao mesmo tempo, dá nome ao caso contencioso entre Argentina e Uruguai que circunda o Estatuto do Rio Uruguai. A 4 de maio de 2006, a Argentina remeteu à Corte um pedido instituindo procedimentos contra o Uruguai, alegando que o país teria violado obrigações regidas pelo Estatuto do Rio Uruguai – tratado do qual ambas as partes são signatárias. No pedido, a Argentina declarou que a violação teve seu germe na autorização e na construção de duas fábricas *papeleras* no rio Uruguai – referenciando, em particular, os efeitos de tais atividades sobre a qualidade das águas, bem como sobre as zonas afetadas pelo rio. Em menção ao art. 36, 1, do Estatuto da CIJ, a Argentina buscou encontrar a jurisdição da Corte sobre o litígio no art. 60, 1, do Estatuto do Rio Uruguai – que institui que “toda controvérsia acerca da aplicação ou da interpretação do Tratado e do Estatuto que não puder ser solucionada por negociações diretas poderá ser submetida, por qualquer uma das partes, à Corte Internacional de Justiça” (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).

¹⁴ Em virtude da extensão limitada de que disponho, elegi apenas um caso para ser focalizado neste item. Assim, gostaria de explicitar as razões pelas quais optei pelo caso *Pulp Mills*: o processo de escrita deste artigo iniciou-se a partir de discussões realizadas durante a disciplina optativa *Tribunais e Cortes Internacionais*, ofertada pelo Professor Doutor Lucas Carlos Lima na Faculdade de Direito da UFMG, durante o segundo semestre de 2021. Durante as aulas, esse caso ganhou um particular destaque – tanto aos meus olhos quanto nos comentários do Professor Lucas. Ante minha maior *familiaridade* com ele em detrimento de outros casos contenciosos da CIJ, optei por me debruçar sobre ele neste projeto.



Após elencar uma série de fundamentos normativos, jurisprudenciais e de outras naturezas, a CIJ, mediante 13 votos vitoriosos contra um único vencido, declarou ter encontrado violações cometidas pelo Uruguai em relação às obrigações processuais tuteladas pelos arts. 7-12¹⁵ do Estatuto do Rio Uruguai, bem como indicou que a Corte teria jurisdição para julgar o litígio.

O Vice-Presidente Tomka, os juízes Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood e o Juiz ad hoc *Vinuesa tiveram seus nomes divulgados dentre os votos favoráveis à declaração* – o que atesta um cumprimento do art. 95, I, do Regulamento da CIJ de 1978, já mencionado. Contra a posição aparece o nome do Juiz ad hoc Torres Bernárdez.

¹⁵ Art. 7: “1. La Parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte. 2. Si así se resolviera o no se llegare a una decisión al respecto, la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra Parte a través de la misma Comisión. 3. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas.”.

Art. 8: “1. La Parte notificada dispondrá de un plazo de ciento ochenta días para expedirse sobre el proyecto, a partir del día en que su Delegación ante la Comisión haya recibido la notificación. 2. En el caso de que la documentación mencionada en el artículo 7 fuere incompleta, la Parte notificada dispondrá de treinta días para hacérselo saber a la Parte que proyecte realizar la obra, por intermedio de la Comisión. 3. El plazo de ciento ochenta días precedentemente señalado comenzará a correr a partir del día en que la Delegación de la Parte notificada haya recibido la documentación completa. 4. Este plazo podrá ser prorrogado prudencialmente por la Comisión si la complejidad del proyecto así lo requiriere.”. Art. 9: “Si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada.”.

Art. 10: “La Parte notificada tendrá derecho a inspeccionar las obras que se estén ejecutando para comprobar si se ajustan al proyecto presentado.”.

Art. 11: “1. Si la Parte notificada llegare a la conclusión de que la ejecución de la obra o el programa de operación puede producir perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, lo comunicará a la otra Parte por intermedio de la Comisión dentro del plazo de ciento ochenta días fijado en el artículo 8. 2. La comunicación deberá precisar cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permitan llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiera al proyecto o programa de operación.”.

Art. 12: “Si las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV.” (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).



Mediante a vitória de 11 votos sobre três, a Corte não encontrou fundamento para a violação no que tange às obrigações substanciais relativas aos arts. 35-36 e 41¹⁶ do Estatuto do Rio Uruguai. A favor são identificados os nomes do Vice-Presidente Tomka, dos juízes Koroma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood e do Juiz *ad hoc* Torres Bernárdez; contrários à decisão, os nomes dos juízes Al-Khasawneh, Simmae e do Juiz *ad hoc* Vinuesa.

Em decisão unânime, todos os juízes atuantes no litígio rejeitaram todas as outras considerações submetidas à Corte pelas partes.

O Sumário, ainda, consta que os juízes Al-Khasawneh e Simmah anexaram uma opinião dissidente conjunta ao julgamento; os juízes Keith, Greenwood e Cançado Trindade, uma opinião separada; os juízes Skotnikov e Yusuf, uma declaração; o Juiz *ad hoc* Torres Bernárdez, uma opinião separada; o Juiz *ad hoc* Vinuesa, uma opinião dissidente (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Rememorando-se o art. 95, 2, da Resolução supracitada, observa-se que – embora haja apenas uma *permissão*, não uma obrigação, quanto à anexação de opiniões separadas ao julgamento, bem como a possibilidade de um juiz registrar seu acordo ou sua dissidência sem apresentar quaisquer justificativas, de sorte a poder fazê-lo na forma de uma declaração – os juízes usufruem bastante essa possibilidade. Daí a constatação de que a transparência judicial é um valor maximizado não somente pelo *design* institucional da CIJ, mas também pelo próprio comportamento dos juízes.

A veiculação dos nomes dos juízes participantes do julgamento, a publicidade dos números de votos favoráveis ou contrários a determinada decisão e a divulgação dos nomes de juízes contrários ou favoráveis a ela são obrigatórias conforme

¹⁶ Art. 35: “Las Partes se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el manejo del suelo y de los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del Río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del mismo o la calidad de sus aguas.”

Art. 36: “Las Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia.”

Art. 41: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales. b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).

o regulamento; a anexação de opiniões separadas justificadas e de declarações, entretanto, não o são. Logo, caso os juízes desejassem reduzir a transparência da Corte, poderiam fazê-lo à luz da recusa à emissão de opiniões separadas. Se assim não atuam, é porque provavelmente não ambicionam abrandá-la.

Dessa maneira, é plausível notar que, mesmo sendo possível haver receios por parte dos juízes a retaliações advindas como respostas à identificação individual de opiniões indesejadas – em especial, pelo Estado de origem –, é certo dizer que, caso a posição de vulnerabilidade a que os juízes se submetem fosse significativa, anexações de declarações e, sobretudo, de opiniões separadas aos julgamentos seriam (quase) inexistentes. A partir da presente investigação, porém, não se nota uma grande ameaça pairando sobre a independência judicial¹⁷.

Se sob razoável condição de vulnerabilidade, sete juízes (incluindo-se, na contagem, dois *ad hoc*), dentre quatorze, haveriam de anexar opiniões separadas ao julgamento e outros dois, declarações?

A outra feição da independência a ser analisada, segundo Dunoff e Pollack, reside na correspondência comportamental de juízes a interesses dos Estados. Acredita-se, porém, que esse dado não seja mensurável o bastante para dele se quantificar a pressão exercida sobre a independência, já que, para além de testemunhos, tal influência diz respeito a caracteres, em particular, psíquicos. A subjetividade – imensurável porque única, mutável de indivíduo para indivíduo – não permite a si mesma ser alcançada e testada para fins estatísticos.

Logo, mesmo que as informações trazidas n’O *trilema judicial* a esse respeito sejam válidas, talvez seja possível considerá-las um pouco ousadas na medida em que lidam com algo exterior às fronteiras da estatística. Prefere-se, então, neste trabalho, abster-se de um julgamento relativo à influência exercida pela sede de reeleição sobre os juízes. As provas para bem examiná-las são escassas; logo, qualquer afirmação delas advinda repousará em um terreno escorregadio, instável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O receio a retaliações pode exercer uma pressão sobre a independência judicial; o interesse político, também. Porém, a análise dessas inter-relações consiste

¹⁷ Embora aqui apenas um caso contencioso seja focalizado, sabe-se que, a partir de uma análise global, encontram-se índices semelhantes quanto à anexação de opiniões separadas e de declarações aos julgamentos.



em uma tarefa bastante complexa – de complexidade superior à compreensão de como os eventos entrelaçados à transparência e à *accountability* comportam-se.

Eis a explicação: enquanto a transparência e a *accountability* situam-se eminentemente no plano do *design* institucional – ligando-se portanto à mecanicidade dos estatutos instituídos à luz da promessa de cooperação entre os Estados e, em menor medida, ao comportamento mental do juiz –, a independência entrelaça-se sobremaneira à racionalidade (e à psique como um todo) do juiz-indivíduo, não ao *design* racional-institucional de um tribunal; isto é, para além do gerenciamento burocrático das instituições internacionais, a independência judicial liga-se diretamente à figura do juiz, à sua subjetividade e às reações do juiz aos regulamentos e aos padrões instituídos pelos Estados. Todavia, o *mecânico*, o *automático* e o *rito da burocracia* existentes na transparência e na *accountability* perdem-se, em níveis não quantificáveis, quando se olha para a independência judicial. Os três valores abarcados pelo Trilema exigem atenção simultânea às tradições do *design* racional e da política judicial. Porém, ao passo que a análise dos dois primeiros valores exige uma maior presença do *design* e, logo, uma presença mais branda da política judicial, uma investigação da independência tem de maximizar a política judicial em detrimento do *design*, cuja presença é, ainda assim, essencial ao estudo pretendido.

Haveria então dilemas nas profundezas do próprio Trilema?

Sim; daí a compreensão de sua lógica ser tão profunda – e talvez inesgotável. É a onipresença da *inexorável escolha de valores concorrentes legada ao homem*.

Pico della Mirandola, em *Oratio de hominis dignitate*, concebe o homem como o ser mais admirável que repousa sobre o palco deste grande teatro que é o mundo; pois, distinto dos outros seres, não tem nenhuma imagem que lhe seja inata: animal de natureza multiforme, ele mesmo se molda, fabrica-se e transforma-se, imiscuindo em si imagens estranhas e adventícias.

Projetado como uma criatura de imagem indefinida pelo *supremo artífice* – que, tendo-o colocado no centro do mundo, disse-lhe: “não te demos um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem dom algum peculiar, a fim de que tu obtenhas e possuas, segundo o teu desejo e por tua decisão, aquele aspecto, aqueles dons que tu mesmo tiveres escolhido” (MIRANDOLA, 2021, p. 35) –, o homem foi designado o escultor de si mesmo, de sorte a modelar-se na forma que prefere de si.

Se as demais criaturas estão encerradas no interior das leis da natureza prescritas pelo Artífice, o homem, por sua vez, não é constringido por quaisquer limites: é ele quem definirá, para si, a sua lei.

A ele foi dado ter o que escolher, ser o que quiser. As feras, no momento em que nascem, trazem consigo, “da barriga materna”, como diz Lucílio, tudo aquilo que haverão de possuir. Os espíritos superiores, ou desde o início ou logo depois, já eram aquilo que serão pelas eternidades perpétuas. Mas o Pai inseriu no homem, em seu nascimento, as sementes de todas as possibilidades e de todas as espécies de vida; e elas hão de crescer em cada um que as tiver cultivado, e nele produzirão seus frutos (MIRANDOLA, 2021, p. 37).

Criatura privilegiada, o poder humano de desenhar a si mesmo somente é ativado com a escolha. A todo instante, a autoescultura somente se opera após o lançamento, em direção ao homem, de pomos de ouro.

Assim também se configura a lógica do Trilema. O *design* dos tribunais é esculpido pelos próprios tribunais – pelos Estados que os criaram e pelos juízes que nele atuam. Lançados novos pomos dourados, é necessário que os tribunais concedam a derrota a um valor e a vitória aos outros dois.

Conforme a discussão acima, vê-se a complexidade de solucionar o Trilema – ele mesmo rodeado de outros dilemas. Semelhante à Hidra de Lerna, a necessidade de fazer escolhas nasce de escolhas já realizadas, de impasses já solucionados.

Tomou-se a Corte Internacional de Justiça, em um primeiro momento, como instituição projetada à luz do terceiro ideal. Portanto, contaria com a *accountability* e com a transparência maximizadas, o que imporia um inarredável sacrifício à independência judicial. Entretanto, variáveis outrora omitidas foram desnudadas, de maneira que à independência foram acrescidos valores para além daqueles contabilizados pelo Trilema originário.

Se não é possível mensurar o interesse quanto à reeleição sobre o comportamento judicial, por que seria verossímil mensurar a influência exercida pelo receio à retaliação sobre esses mesmos juízes, considerando-se que ambas as variáveis se deslocam do espaço público da política burocrática para o espaço privado da psicologia anárquica?

É possível esboçar o seguinte argumento: enquanto a primeira influência sobre a independência judicial pode ter sua *materialidade* comprovada – pois é fato que, diante da *identificabilidade* de opiniões separadas (dissidentes ou concorrentes), sobretudo as justificadas, juízes que não as tivessem anexado ao julgamento seriam reeleitos devido ao apoio de seu Estado de origem; a prova, então, reside na inexistência de fundamentos plausíveis dados pelo Estado, que não a declaração de opiniões indesejadas porque contrárias aos interesses nacionais, para a não renovação do mandato judicial –, pensa-se não ser possível auferir comprovações seguras da segunda; pois, sendo as renovações do mandato judicial um fato co-



mumente observado, seria difícil dizer quando a reeleição do juiz esteve atrelada à emissão de opiniões fundamentadas sobremaneira nos interesses estatais, extrapolando-se interpretações plausíveis das fontes do direito aplicadas à Corte. Portanto, acredita-se que apenas *acordos diplomáticos* visivelmente *pactados* entre o juiz e o Estado poderiam ser utilizados como meio de prova.

Ante essas considerações, conclui-se que o *design* estrutural da CIJ, de fato, apresenta altos níveis de *accountability* e de transparência. A indicação dos níveis da independência, por mais insegura que essa pretensão seja, talvez seja também possível. Diante de toda a análise, sendo inviável demonstrar a minimização da independência pela Corte, acredita-se – em razão das inevitáveis interpenetrações e inter-relações dos três valores do Trilema – também não ser possível considerá-la maximizada; ainda que o interesse em galgar a reeleição não seja mensurável, ele tampouco é inexistente ou não influente sobre o comportamento dos juízes. Entretanto, o receio a retaliações é aparentemente menor do que se presume. Assim, imagina-se que a Corte apresente um nível médio de independência judicial.

Mas a investigação não está concluída: outros *pomos dourados* já serão lançados sobre os estudos dos tribunais internacionais. Aqueles que desejarem solucioná-los não deverão se esquecer de que sempre haverá algo para se solucionar. Caso alguém pretenda julgar todos os enigmas, alcançar todos os esconderijos nos quais os mistérios passíveis (ou não) de serem decifrados se alojam, é preciso adverti-lo: “Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate¹⁹”.

¹⁹ Na tradução de Italo Eugenio Mauro: “Deixai toda esperança, ó vos que entraís.” (ALIGHIERI, 2019, p. 37). Na tradução de Italo Eugenio Mauro: “Deixai toda esperança, ó vos que entraís.” (ALIGHIERI, 2019, p. 37).



REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Tradução de Italo Eugenio Mauro. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2019, p. 37.

AZIZI, Josef. *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?* Era Forum, v. 12, 2011, p. 49-68. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251083717_Unveiling_the_EU_Courts%27_Internal_Decision-Making_Process_A_Case_for_Dissenting_Opinions. Acesso em: 26 mar. 2022.

CESARE, Donatella di. *Estrangeiros residentes: Uma filosofia da migração*. Tradução de César Tridapalli. 1. ed. Belo Horizonte, Veneza: niyé, 2020.

COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI (CARU). *Estatuto del Rio Uruguay*. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/21413-nacional-estatuto-rio-uruguay-Int0000266-1976-09-09/123456789-0abc-defg-g66-20000tcanyel>. Acesso em: 25 jan. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay). Summary of the Judgment of 20 April 2010. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/135>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Statut de la Cour Internationale de Justice*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/statut>. Acesso em: 23 jan. 2022.

DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. *O trilema judicial*. Tradução de Lucas Carlos Lima e de Lucas Mendes Felipe. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

EURÍPIDES. *As Troianas*. Tradução de Trajano Vieira. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2021.

HOMERO. *Ilíada*. Tradução de Frederico Lourenço. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Frederico Lourenço. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Annuaire de l'Institut de droit international. Séssion de Rhodes*, v. 74, 2011. Disponível em: <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/Question1.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

KEELING, David T; MANCINI, G. Federico. *Democracy and the European Court*



of Justice. *The Modern Law Review*, v. 57, n. 2, mar. 1994, p. 175-190. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1994.tb01931.x>. Acesso em: 26 mar. 2022.

LÍCOFRON. *Alexandra*. Tradução de Trajano Vieira. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2017.

LIMA, Lucas Carlos; PALCHETTI, Paolo. *O Trilema Judicial: as muitas razões para uma leitura em português*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. *O trilema judicial*. Tradução de Lucas Carlos Lima e de Lucas Mendes Felipe. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 9-18.

MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Elaine Cristine Sartorelli. 1. ed. Belo Horizonte, Veneza: niyê, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Acesso em: 24 jan. 2022.

OVÍDIO. *Metamorfoses*. Tradução de Domingos Lucas Dias. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2017.

PROTOCOLO (Nº 3) RELATIVO AO ESTATUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia* (C 83/210), 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=ga>. Acesso em: 26 mar. 2022.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 18 ed. United Kingdom; New York: Cambridge University Press, 2017

SÓFOCLES. Antígona. In: SÓFOCLES. *Rei Édipo e Antígona*. Tradução de J. B. Mello e Souza. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 103-164.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2013.