

ESCOLA DE GUERRA NAVAL

CC SILVIO MIRANDA PINTO JÚNIOR

A ARBITRAGEM DO MAR DO SUL DA CHINA:

Confrontação dos argumentos chineses à luz do Direito Internacional Público.

Rio de Janeiro

2022

CC SILVIO MIRANDA PINTO JÚNIOR

A ARBITRAGEM DO MAR DO SUL DA CHINA:

Confrontação dos argumentos chineses à luz do Direito Internacional.

Dissertação apresentada à Escola de Guerra Naval, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Estado-Maior para Oficiais Superiores.

Orientador: CMG (RM1-FN) Wagner da Silva Reis

Rio de Janeiro

Escola de Guerra Naval

2022

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar os argumentos chineses para o não reconhecimento do procedimento arbitral e da jurisdição da Corte Permanente de Arbitragem, no caso da Arbitragem no Mar da China Meridional entre a República Popular da China e a República das Filipinas, ocorrido entre 2013 e 2016, à luz do Direito Internacional Público. Para tal, foi realizado um estudo de caso sobre o processo, visando um amplo e detalhado conhecimento sobre o mesmo; mediante a realização de pesquisa documental, foram analisadas as sentenças proferidas pela Corte Permanente de Arbitragem, visando identificar as suas interpretações e, por meio de pesquisa bibliográfica, foram analisados os aspectos teóricos relevantes envolvidos, de acordo com posições de renomados juristas sobre os mesmos. Pretende-se, para o atingimento do propósito, responder às seguintes questões: quais são os argumentos chineses para o não reconhecimento da jurisdição do Tribunal Arbitral estabelecido e qual a *opinio juris* e a jurisprudência internacional sobre os aspectos relevantes apresentados? Tais questões revestem-se de relevância em virtude da importância geopolítica da região em disputa e da notoriedade do caso para o Direito Internacional Público, tendo em vista o ineditismo do julgamento à revelia em função do seu não reconhecimento por uma das partes.

Palavras Chaves: Arbitragem do Mar do Sul da China Meridional, Corte Permanente de Arbitragem, Direito Internacional Público, Direito do Mar, Soberania, Direitos Históricos, República Popular da China, República das Filipinas

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 — Mapa topográfico e político do Mar do Sul da China	55
Figura 2 — Mapa com a “linha de nove traços”	56
Figura 3 — Mapa Comparativo CNUDM vs. "linha de nove traços"	57

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ASEAN –	Associação das Nações do Sudeste Asiático
CLPC –	Comissão sobre Limite da Plataforma Continental
CPA –	Corte Permanente de Arbitragem
CNUDM –	Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
DCCPMSC -	Declaração Conjunta sobre Conduta das Partes no Mar do Sul da China
DIP –	Direito Internacional Público
PC –	Plataforma Continental
RPC –	República Popular da China
TIDM –	Tribunal Internacional do Direito do Mar
MSC –	Mar do sul da China
ONU –	Organização das Nações Unidas
ZEE –	Zona Econômica Exclusiva

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	6
2.	OS ARGUMENTOS CHINESES SOBRE O PROCESSO DE ARBITRAGEM DO MAR DO SUL DA CHINA	9
2.1	A “Linha de nove traços”	9
2.2	Documento de Posição	10
3.	ASPECTOS TEÓRICOS	15
3.1	Direitos históricos	15
3.2	Métodos de solução de controvérsias	18
3.3	Regimes jurídicos das características marítimas	23
3.4	Delimitação marítima	27
3.5	Soberania territorial e disputas mistas	31
4	CONFRONTAÇÃO DOS ARGUMENTOS CHINESES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E JURISPRUDÊNCIA	35
4.1	Essência do tema: soberania territorial ou aplicação e interpretação da CNUDM	35
4.2	Acordos bilaterais vs. Métodos obrigatórios de solução de controvérsias	38
4.3	Delimitação marítima e declaração de exceções facultativas	43
4.4	Liberdade dos Estados para escolha dos meios de solução de controvérsias	46
5	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	52
	ANEXO A	55
	ANEXO B	56
	ANEXO C	57

1 INTRODUÇÃO

O Mar do Sul da China (MSC), também conhecido como Mar da China Meridional, localiza-se no sudeste asiático e possui quatro grupos de ilhas em uma área marítima de 3,5 milhões de km² (OHI, 1953). A região é limitada ao Sul por Brunei e Malásia, ao Sudoeste pela Malásia e Singapura, a Oeste pelo Vietnã, ao Norte pela China e Taiwan, e a Leste pelas Filipinas (FIG. 1).

As disputas no MSC são uma mistura complexa, envolvendo disputas territoriais e marítimas. As disputas marítimas estão vinculadas a reivindicações sobre titularidade dos espaços marítimos, delimitação marítima, pesca, exploração e aproveitamento dos recursos minerais no fundo do mar e subsolo, navegação e proteção do ambiente marinho.

A região se reveste de importância em virtude do transporte de petróleo e gás do Oriente Médio, África, Austrália e Sudeste Asiático para os países dependentes de recursos energéticos do Nordeste Asiático. Uma vez que os mercados internacionais de energia dependem de rotas de transporte confiáveis, a liberdade de navegação no MSC é de importância crítica. A região é também uma das mais ricas do mundo em recursos de pesca, com as Ilhas Spratly e Scarborough Shoal destacando-se quanto a diversidade de peixes costeiros, algas marinhas, corais, amêijoas marinhas, entre outros recursos. Além disso, as reservas de energia sob o MSC estão atraindo cada vez mais atenção, trazendo ainda mais importância para a região. Graças a sua importância econômica, estratégica e política, as disputas internacionais na região podem afetar todos os países a ela vinculados.

Em 22 de janeiro de 2013, a República das Filipinas iniciou um processo de arbitragem contra a China, de acordo com os artigos 286 e 287 da CNUDM e o artigo 1 do Anexo VII, em resposta a criação por parte da China de uma nova unidade administrativa que

incluía todas as características marítimas e águas dentro da “linha de nove traços”, ocorrida em 18 de junho de 2012, e a promulgação de uma lei, em novembro de 2012, que exigia a inspeção, expulsão ou detenção de navios que “ilegalmente” adentrassem nas águas reivindicadas pela China (FILIPINAS, 2013).

O processo dizia respeito ao papel dos direitos históricos, o status de certos elementos marítimos e a legalidade de determinadas ações chinesas no MSC, as quais as Filipinas alegaram violar a Convenção. De acordo com o governo filipino, as reivindicações da China na área do MSC e do fundo do mar subjacente, até 870 milhas náuticas da costa chinesa mais próxima, violam a CNUDM e avançam sobre os territórios marítimos que constituem Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e Plataforma Continental (PC) filipina (FILIPINAS, 2013).

Por outro lado, em 19 de janeiro de 2013, o governo chinês rejeitou e devolveu a documentação filipina, reiterando que não aceita e não participaria da arbitragem, emitindo um Documento de Posição com seus argumentos para o não reconhecimento do procedimento arbitral (CHINA, 2014).

Em virtude do exposto, o presente estudo tem o propósito de examinar, à luz do Direito Internacional Público (DIP) e da jurisprudência internacional, os argumentos chineses no caso de Arbitragem do Mar do Sul da China para o não reconhecimento da legalidade do procedimento e da jurisdição da Corte Permanente de Arbitragem (CPA)¹ no caso.

Para atingir a tal propósito, será realizado um estudo de caso sobre a Arbitragem do MSC, visando um amplo e detalhado conhecimento sobre ele. Em virtude da complexidade e importância do objeto delimitado, buscar-se-á realizar uma Pesquisa Documental, em que

¹ A Corte Permanente de Arbitragem foi estabelecida por ocasião da conferência de Haia de 1899, não se tratando de um tribunal organizado com caráter permanente, mas sim de um ordenamento que visava facilitar o uso da arbitragem na resolução de conflitos, possuindo órgãos administrativos permanentes. A mesma pode ser acionada para atuar em qualquer caso de arbitragem no Direito Internacional, incluso os casos previstos pela seção 2 da parte XV da CNUDM. (Cf. PINHEIRO, 2010)

serão analisadas as sentenças proferidas pelo Tribunal Arbitral no caso em estudo, os argumentos chineses contidos em declarações oficiais sobre o tema, além de decisões prévias de outros órgãos jurídicos internacionais. De maneira complementar, será realizada uma Pesquisa Bibliográfica, em que serão estudados os aspectos teóricos identificados como relevantes, em obras de juristas renomados do DIP.

Este estudo reveste-se de relevância em virtude da importância geopolítica, econômica e estratégica da região do MSC, onde diversas disputas territoriais e marítimas seguem sem uma resolução, com a resolução pacífica dessas controvérsias devendo ser considerada um tema central nas atuais relações internacionais. Convém destacar também a importância do tema para o DIP, consequência da relevância dos mecanismos obrigatórios e vinculativos para o ordenamento jurídico internacional.

Além deste capítulo introdutório, este estudo está organizado em mais quadro capítulos, conforme discriminado a seguir.

No segundo capítulo, serão apresentados os argumentos chineses para o não reconhecimento do procedimento arbitral e da jurisdição do Tribunal Arbitral constituído de acordo com o Anexo VII da Convenção. Ao capítulo 3 reserva-se a análise dos aspectos teóricos envolvidos no caso da Arbitragem do Mar do Sul da China à luz de posições de renomados juristas internacionais, buscando um entendimento destes aspectos sob a égide do DIP. No quarto capítulo, buscar-se-á confrontar os argumentos chineses com os aspectos teóricos previamente abordados, os laudos do Tribunal Arbitral no caso em questão e a jurisprudência internacional sobre os pontos relevantes. Por fim, no capítulo 5, serão apresentadas as considerações finais, visando confirmar o pressuposto de que os argumentos chineses não possuem respaldo no DIP, de acordo com a *opinio juris*² existente sobre os temas relacionados.

² *Opinio juris*: convicção jurídica, conhecimento. (Cf. VADE MECUM BRASIL, 2022)

2 OS ARGUMENTOS CHINESES SOBRE O PROCESSO DE ARBITRAGEM DO MAR DO SUL DA CHINA.

No presente capítulo serão apresentados os argumentos chineses para a reivindicação de soberania da área no MSC limitada pela “linha de nove traços”, a qual será abordada na primeira parte do capítulo. Em seguida, os argumentos presentes no Documento de Posição do governo chinês serão analisados visando a identificação dos aspectos teóricos envolvidos na controvérsia entre as partes.

2.1 A “Linha de nove traços”

A China reivindica soberania total sobre as ilhas e demais características marítimas presentes no interior da “linha de nove traços”, sob a alegação de direitos históricos.

A “linha de nove traços”, ou “linha em forma de U”, conhecida também como “linha de nove pontos”, refere-se a uma linha com nove segmentos ao largo da costa da China no MSC. Começando na fronteira marítima entre China e Vietnã, estende-se para o sul em formato de “U” e encontra a fronteira entre o Mar da China Oriental e o Mar Amarelo (FIG. 2). Ela foi compilada inicialmente pelo cartógrafo chinês Hu Jinjie e incluía somente as Ilhas Dongsha (Ilhas Prata, atualmente sob soberania de Taiwan) e Xisha (Ilhas Paracell, atualmente ocupadas pela China e disputadas por China, Taiwan e Vietnã). Em 1936, Bai Mechu, um reconhecido geógrafo nacionalista chinês, popularizou uma versão mais estendida da linha no “Atlas de Construção da Nova China”, cabendo salientar que até então tratava-se de uma linha contínua (SHICUN, 2013).

Em 1947, o governo da República da China, de Chiang Kai-shek (1887 – 1975), elaborou um mapa das ilhas do Mar da China, publicado em 1948. Este mapa continha

originalmente 11 traços, mantendo-se o mesmo após a vitória de Mao Zedong na Guerra Civil Chinesa (1946 a 1949) e a proclamação da República Popular da China (RPC). Posteriormente, em 1953, os 2 traços referentes ao Golfo de Tonkin foram retirados (SHICUN, 2013).

Desde então, a China vem seguidamente empregando tal mapa nas discussões sobre jurisdição dos espaços e características marítimas no MSC. Entretanto, convém destacar que o referido mapa carece de precisão, uma vez que apresenta um desenho sem coordenadas exatas ou *datum*.

Em 2009, Vietnã e Malásia entregaram suas propostas de extensão dos limites de suas PC à Comissão sobre Limite da Plataforma Continental (CLPC), mediante um relatório conjunto que delimitava suas PC expandidas. Como tais requerimentos abrangiam áreas e características marítimas no interior da “linha de nove traços”, o governo chinês emitiu duas Notas de Oposição em que afirmava sua soberania sobre a área, incluindo em ambas o mapa contendo a linha em questão. O evento, marca a posição chinesa frente a comunidade internacional, sendo considerado a primeira vez que a China utilizou oficialmente tal mapa para defender suas posições no MSC.

2.2 Documento de Posição da República Popular da China

Em 07 de setembro de 2014, o governo da RPC, após rejeitar e devolver a nota verbal filipina comunicando o início de procedimentos arbitrais sobre a disputa acerca de jurisdição marítima na região do MSC, emitiu um Documento de Posição com o propósito de demonstrar que o Tribunal Arbitral estabelecido para a resolução do litígio não possuía jurisdição para tal.

O Documento de Posição chinês foi elaborado com base em quatro posições principais (CHINA, 2014):

a) A essência do tema do caso de Arbitragem é a soberania territorial sobre várias características marítimas no MSC, que está além do escopo da Convenção e não é afeta a interpretação ou aplicação dela.

b) China e Filipinas possuem acordos por meio de instrumentos bilaterais e regionais, em especial a “Declaração sobre a Conduta das Partes no Mar do Sul da China”, assinada com a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), para resolver suas disputas relevantes na região por meio de negociações entre as partes.

c) Mesmo assumindo, hipoteticamente, que o tema central da arbitragem se concentrava na interpretação ou aplicação da Convenção, o mesmo constituiria um processo de delimitação marítima entre as partes, enquadrando-se no âmbito da declaração chinesa de exceções facultativas de 2006, em conformidade com o artigo 298 da Convenção, que exclui, entre outras coisas, disputas relativas à delimitação marítima dos procedimentos compulsórios previstos.

d) Por fim, com base nas posições anteriores e na liberdade de escolha de cada Estado para determinar os meios prioritários para resolução de controvérsias, o Tribunal Arbitral manifestamente não possui jurisdição sobre o caso em lide, estando a rejeição e a não participação chinesa na Arbitragem do MSC fortemente amparadas pelo Direito Internacional.

Sobre a primeira posição, a China alega possuir soberania indiscutível sobre todas as características marítimas do MSC e águas adjacentes, argumentando que as atividades chinesas na região datam de mais de 2.000 anos, tendo sido o primeiro país a descobrir, nomear, explorar e a exercer de maneira contínua poderes soberanos sobre as ilhas e demais características marítimas. Dessa forma, o entendimento chinês é de que o cerne das questões levantadas pelas Filipinas é, em essência, afeto à soberania territorial sobre as características marítimas no MSC.

De acordo com o entendimento chinês, somente após uma definição acerca da soberania territorial chinesa no MSC, seria possível à CPA determinar até que ponto a China ou as Filipinas poderiam reivindicar direitos marítimos na região (CHINA, 2014).

À luz do estabelecido na Convenção, compete ao Estado costeiro, com soberania sobre o território relevante, os direitos a uma PC e ZEE a partir desse território. Se uma característica marítima não está sujeita à soberania de um Estado, ela não implica em direitos marítimos por si só. Em outras palavras, somente o Estado que possui soberania sobre determinada característica marítima possui o direito de reivindicar direitos marítimos afetos a ela.

Ao solicitar que a Arbitragem aplique a CNUDM para determinar a extensão dos direitos marítimos da China no MSC, sem uma definição prévia acerca da soberania sobre características marítimas relevantes, as Filipinas estariam, segundo a visão chinesa, contrariando os princípios gerais do DIP e a jurisprudência internacional sobre resolução de disputas marítimas (CHINA, 2014).

A segunda posição defendida pelo governo chinês é a existência de acordos entre as partes para resolver suas disputas no MSC mediante negociações, estando, dessa forma, as Filipinas impedidas de iniciar unilateralmente um procedimento de arbitragem compulsória.

Nesse sentido, o governo chinês apresentou em seu Documento de Posição uma série de documentos e entendimentos conjuntos a favor de seu argumento, cabendo destacar a Declaração Conjunta sobre Conduta das Partes no Mar do Sul da China (DCCPMSC), um instrumento multilateral assinado entre a RPC e representantes dos Estados membros da ASEAN, incluindo as Filipinas. Em comum, tais documentos apresentavam disposições para que as partes envolvidas em uma controvérsia buscassem a sua solução pacífica mediante consultas e negociações amigáveis (CHINA, 2014).

De acordo com a argumentação chinesa, as disposições pertinentes em tais instrumentos se reforçam mutuamente e formam um acordo entre China e Filipinas, em que as partes assumiram a obrigação mútua de resolver suas disputas mediante negociações. Dessa forma, mesmo supondo que as reivindicações das Filipinas tivessem como questão central a interpretação ou aplicação da CNUDM, os procedimentos obrigatórios previstos na Seção 2 da Parte VX da Convenção não poderiam ser aplicados.

A terceira posição chinesa sustenta que, mesmo assumindo, hipoteticamente, que o tema central da arbitragem remete a interpretação ou aplicação da Convenção, a controvérsia deveria ser enquadrada como uma delimitação marítima entre as partes, aspecto esse que foi excluído dos procedimentos arbitrais pela China, de acordo com sua Declaração de Exceções Facultativas de 2006, em consonância com o artigo 298 da CNUDM, em que afirmou: “O Governo da República Popular da China não aceita nenhum dos procedimentos previstos na Seção 2 da Parte VX da Convenção em relação a todas as categorias de disputas referidas no nº 1 (a), (b) e (c) do artigo 298 da Convenção”³ (CHINA, 2006, n.p., tradução nossa).

Segundo a interpretação chinesa, dado que China e Filipinas são vizinhas marítimas e “Estados com costas opostas ou adjacentes”, no sentido previsto pelos artigos 74 e 83 da Convenção, existe uma questão de delimitação marítima entre eles. Dado que as disputas entre os países por soberania territorial sobre as características marítimas relevantes permanecem não resolvidas, as partes ainda não iniciaram negociações sobre delimitação marítima, mas teriam iniciado a cooperação visando abrir caminho para uma eventual delimitação (CHINA, 2014).

³ Original em inglês: *The Government of the People's Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of Article 298 of the Convention.*

Por fim, a última posição chinesa diz respeito ao direito de cada país escolher livremente os meios de resolução de litígios que entender serem mais adequados. Essa posição se ampara no princípio do consentimento no Direito Internacional, segundo o qual cada Estado é livre para escolher os meios de resolução de litígios. Dessa forma, a jurisdição de qualquer órgão internacional sobre uma disputa interestatal dependeria do consentimento prévio das partes em disputa e o exercício do poder judicial não deve derogar o direito dos Estados Partes de escolher os meios de solução por vontade própria (CHINA, 2014).

3 ASPECTOS TEÓRICOS

Este capítulo apresentará os aspectos teóricos relevantes identificados na disputa entre a China e as Filipinas submetida à arbitragem. Para tal, foi dividido em cinco partes, em que serão abordados os seguintes temas: direitos históricos, métodos de solução de controvérsias, regimes jurídicos das características marítimas, delimitação marítima e soberania territorial.

3.1 Direitos históricos

A China reivindica direitos históricos em quase toda a totalidade do Mar do Sul da China (MSC), na área englobada pela chamada “linha dos nove traços”, sendo tal aspecto um dos fatores mais discutíveis da Arbitragem do Mar do Sul da China. Desta forma, o estudo dos conceitos temporais presentes no Direito do Mar torna-se fundamental para analisar os argumentos chineses acerca do tema.

Analisando a CNUDM, observa-se que ela não possui nenhuma disposição relativa a “direitos históricos”, tampouco fornece qualquer disposição sobre “águas históricas”. Em que pese o termo “título histórico” ser referido nos artigos 15 e 298 (1) (a) (i) da Convenção, não apresenta maior precisão sobre a definição dele, ocorrendo o mesmo com o termo “baía histórica”, citado nos artigos 10 (6) e 298 (1) (a). Dessa forma, questões relacionadas a conceitos temporais como “título histórico”, “direitos históricos”, “águas históricas” e “baías históricas” são regidos pelo direito internacional consuetudinário, conforme previsto no preâmbulo da Convenção⁴.

⁴ Convenção das Nações Sobre o Direito do Mar, prefácio: [...] as matérias não reguladas pela presente Convenção continuarão a ser regidas pelas normas e princípios do direito internacional geral. (Cf. ONU, 1982)

Por ocasião da 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1958), em Genebra, buscou-se estabelecer uma codificação das regras do direito internacional relativas ao uso do mar. A fim de fornecer à Conferência material relativo a baías históricas, um memorando sobre o tema foi elaborado pela Divisão de Codificação e divulgado como documento preparatório da Conferência. Tal memorando foi solicitado em virtude de diversos países manifestarem a importância de ser dada uma definição para o termo “baías históricas”, presente no artigo 7 (4) da minuta de documento proposta pela Comissão de Direito Internacional⁵, em sua oitava sessão, que tratava de baías e das suas formas de delimitação.

Após a realização de algumas seções, em que alguns representantes discutiram o mérito da questão, a maioria das delegações reservou suas considerações sobre a substância, limitando o problema à forma como deveria ser conduzido o estudo para definição do termo, tendo se chegado a um acordo geral de que deveria ser confiado à Comissão de Direito Internacional, aprovando-se a resolução 1453 (XIV)⁶.

Dentro da discussão principal, uma questão aparentemente mais simples é terminológica, decorrente do emprego das expressões “baías históricas” e “águas históricas”. Obviamente os termos não são sinônimos, com o segundo termo possuindo um escopo mais amplo. Também é fato que o termo “baías históricas” é mais utilizado, com esta circunstância, entretanto, não podendo ser tomada como prova de que apenas baías e não outras águas podem ser reivindicadas pelos Estados com uma base histórica. Ao contrário, pode-se afirmar que as autoridades que se concentraram no tema parecem concordar que o termo “histórico”

⁵ O artigo 7º do projeto tratava de baías; os parágrafos 1 a 3 continham uma definição de baía e estabeleceram regras para a delimitação de águas internas em uma baía (as costas das quais pertencem a um único Estado), enquanto o parágrafo 4 dizia em parte o seguinte: “As disposições anteriores não se aplicam às chamadas baías “históricas” ou a qualquer caso em que a linha de base reta aplicado o sistema previsto no artigo 5º”. (Cf. ONU, 1956)

⁶ Resolução 1453 (XIV): A Assembleia Geral, [...] Solicita à Comissão de Direito Internacional, assim que considerar aconselhável, a realização do estudo da questão do regime jurídico das águas históricas, incluindo baías históricas, e que faça tais recomendações sobre o assunto, conforme a Comissão julgar adequada. (Cf. ONU, 1962, p. 3)

pode se aplicar também a águas que não sejam baías, como estreitos, arquipélagos e a todas as águas que podem ser incluídas no domínio marítimo de um Estado (ONU, 1962).

Dois fatores aparecem como centrais no surgimento e desenvolvimento do conceito de “águas históricas”. O primeiro fator importante foi o status controverso das normas legais internacionais relativas à delimitação do território marítimo do Estado, uma vez que não havia consenso sobre a existência ou não de uma largura máxima aceita para o mar territorial ou uma amplitude máxima das baías, com essas questões envoltas em controvérsias ao longo do tempo.

O segundo fator de destaque foram as tentativas de substituir o controverso e confuso direito relativo à delimitação das águas territoriais, por um conjunto de regras escritas, claras e geralmente aceitas sobre o tema. Todavia, uma codificação genérica das regras do direito internacional relativas à delimitação das águas territoriais e, em particular, quanto à delimitação das baías, seria conflitante com diversas situações previamente existentes. Dessa forma, o conceito de “águas históricas” passou a ser considerado indispensável, sem o qual não seria possível estabelecer um regramento simples e genérico para a delimitação de áreas marítimas (ONU, 1962).

Dessa forma, a existência de direitos históricos a determinadas áreas do mar passou a ser de total relevância na conexão com o esforço de formular regras gerais sobre a delimitação do mar territorial, surgindo, como consequência, uma tendência majoritária a considerar o regime jurídico de “águas históricas” como um regime excepcional (ONU, 1962). Logo, sendo considerado um regime excepcional, que pode não ser baseado nas regras gerais do DIP ou até mesmo ser utilizado para revogar essas regras em casos específicos, faz-se necessário estabelecer requisitos rigorosos para a prova de tal título.

Conforme observado por Gilbert Gidel (1934 *apud* ONU, 1962, p. 7, tradução nossa): "O Estado costal que faz a reivindicação de 'águas históricas' pede que sejam concedidos tratamentos excepcionais; esse tratamento excepcional deve ser justificado por condições excepcionais."⁷

De uma maneira geral, existe no DIP um entendimento bastante geral de que pelo menos três fatores devem ser considerados para se determinar se um Estado adquiriu um título histórico para determinada área marinha: o exercício da autoridade sobre a área pelo Estado reivindicando o direito histórico, a continuidade deste exercício de autoridade e a atitude dos Estados estrangeiros (ONU, 1962).

Como apontado, a primeira exigência para o desenvolvimento de um direito histórico sobre uma área marítima é o efetivo exercício da soberania sobre a área pelo Estado que reivindica o direito, devendo comprovar tal fato. Para dar origem a um título histórico, o exercício da soberania deveria ser, além de eficaz, prolongado e continuado, cabendo ao Estado requerente do título sua comprovação. Por fim, precisa-se avaliar a atitude dos Estados estrangeiros frente à requisição de soberania, havendo duas correntes predominantes sobre o tema: a primeira entende que a aquiescência, no significado de consentimento tácito, manifestado, é necessária; e outra que entende bastar a "tolerância geral" por parte desses Estados (ONU, 1962).

3.2 Métodos de solução de controvérsias

A CNUDM fornece aos Estados Parte um abrangente sistema de solução de controvérsias, o qual combina procedimentos voluntários e obrigatórios, com a parte XV da

⁷ Original em inglês: *The coastal State which makes the claim of 'historic waters' is asking that they should be given exceptional treatment; such exceptional treatment must be justified by exceptional conditions.*

Convenção sendo toda dedicada ao seu tratamento, complementada pelos anexos V, VI, VII e VIII, que trazem regras específicas sobre Conciliação, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), a Arbitragem e a Arbitragem Especial.

Segundo Tanaka (2015), os procedimentos previstos para solução de controvérsias na CNUDM possuem quatro características principais que merecem ser destacadas.

Em primeiro lugar, a CNUDM introduziu procedimentos de solução de controvérsias, inclusive obrigatórios, no texto principal da Convenção, diferentemente do ocorrido na CNUDM de 1958, a qual inseriu tais procedimentos em um protocolo anexo, de assinatura opcional. Outro aspecto destacado são os procedimentos obrigatórios com decisões vinculativas, que contribuem para interpretação uniforme das suas normas. O terceiro aspecto diz respeito ao estabelecimento do TIDM, um novo órgão judicial de característica permanente, o qual se acredita que sua jurisprudência terá relevante papel no esclarecimento de regras importantes da Convenção. Por fim, ressalta-se que o mecanismo criado é bastante flexível, permitindo aos Estados Partes escolher entre os diversos procedimentos de solução previstos para solução de seus litígios (TANAKA, 2015).

A parte XV da Convenção é dividida em três seções: disposições gerais, mecanismos compulsórios e limites e exceções aos procedimentos da seção 2. A primeira apresenta as obrigações gerais impostas aos Estados Parte e estabelece que os mesmos devem buscar a solução de suas disputas pela via diplomática, em conformidade com o 3º parágrafo do artigo 2 da Carta das Nações Unidas⁸, mediante os meios indicados no parágrafo 1º do artigo 33 da Carta.⁹ A seção 2, por sua vez, trata dos meios compulsórios, os quais poderão ser

⁸ Carta das Nações Unidas, artigo 2 (3): Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais. (Cf. ONU, 1945)

⁹ *Ibid.*, artigo 33 (1): As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação,

acionados quando a contenda não tiver sido solucionada mediante a aplicação da primeira seção. Por fim, a seção 3 estabelece os limites à aplicação dos procedimentos previstos na seção 2 (ONU, 1982).

O artigo 280 da CNUDM trata do princípio de livre escolha dos meios pacíficos escolhidos pelas partes, asseverando que nenhuma das disposições presentes na parte XV prejudica o direito dos Estados de acordarem entre si na solução de um litígio mediante um meio pacífico de escolha das partes (ONU, 1982). Dessa forma, é possível afirmar que os meios pacíficos escolhidos entre as partes prevalecem sobre os meios compulsórios e arbitrais presentes na Convenção (TANAKA, 2015).

Logo, pode-se concluir que os artigos 279 e 280 da CNUDM apresentam dois princípios basilares do sistema de resolução de conflitos estabelecido. O primeiro estabelece o dever dos Estados em buscar uma resolução pacífica, não estabelecendo, entretanto, o meio específico a ser empregado. O artigo 280, por sua vez, garante a liberdade de escolha dos mecanismos pacíficos a serem utilizados, cabendo aos Estados envolvidos sua escolha.

Conforme observado por Klein (2005), a importância da referência ao artigo 33 da Carta deve-se ao fato de que a ênfase permanece nos mecanismos de resolução baseados em consenso, com meios prévios e alternativos aos órgãos de caráter obrigatório e vinculativos.

A inclusão de artigos que previssem a solução compulsória de controvérsias na CNUDM gerou posições conflitantes por ocasião de seu debate. As disposições similares das Convenções Sobre o Direito do Mar de 1958 constituíam apenas um protocolo adicional não obrigatório e muitos entendiam que tal status deveria permanecer. Por outro lado, outros entendiam que esse entendimento era inaceitável, uma vez que a interpretação e aplicação

conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. (Cf. ONU, 1945)

de um instrumento tão amplo, complexo e inovador, como a CNUDM, estariam fadadas a gerar controvérsias que só poderiam ser resolvidas mediante um procedimento de terceiros que possuísse caráter obrigatório e vinculante. Ao analisar o princípio presente na liquidação compulsória, o professor Mirrills (2005, p. 185, tradução nossa) observou também que “o conhecimento de que o recurso a tais procedimentos é, em última análise, possível também desencoraja a irracionalidade e, portanto, atua como um meio de evitar disputas, e isso também foi sem dúvida uma consideração importante.”¹⁰ Com o entendimento majoritário que tais procedimentos seriam realmente importantes e necessários, decidiu-se por sua inclusão, com tais procedimentos formando a Seção 2 da Parte VX da Convenção.

Em geral, para sua efetividade e legitimidade, os dispositivos para solução de controvérsias no Direito Internacional necessitam de um equilíbrio entre o princípio da livre escolha dos meios e a necessidade de estabelecer procedimentos obrigatórios. Nesse sentido, com vistas a conciliar esses dois princípios, a CNUDM estabeleceu um sistema de dois níveis, onde os Estados devem, em um primeiro momento, buscar a resolução pacífica de suas disputas pelo meio por eles escolhidos e, quando as partes não chegarem a um acordo por tais meios, essa disputa deverá ser resolvida de acordo com os procedimentos obrigatórios da Seção 2 da Parte XV. Combinando procedimentos voluntários e obrigatórios, a CNUDM procura garantir uma solução eficaz para resolução de disputas internacionais.

O primeiro problema que se observa ao se procurar estabelecer um procedimento obrigatório que assegure decisões vinculantes, em um instrumento como a CNUDM, é encontrar um método que seja aceito por todas as partes. Nesse sentido, estabeleceu-se, no artigo 287, quatro diferentes fóruns para a solução de controvérsias possíveis: o TIDM, a Corte

¹⁰ Original em inglês: *the knowledge that recourse to such procedures is ultimately possible also discourages unreasonableness and so acts as a means of dispute avoidance, and this too was no doubt a salient consideration.*

Internacional de Justiça (CIJ), um Tribunal Arbitral constituído em conformidade com o Anexo VII e um Tribunal Arbitral Especial; os quais poderiam ser escolhidos livremente pelos Estados parte (ONU, 1982).

Incluídos os procedimentos obrigatórios na seção 2 da parte XV, a Seção 3 procurou estabelecer os limites e exceções à aplicação de tais procedimentos. O artigo 297, conforme observado por Mirrills (2005, p. 188, tradução nossa)¹¹, reflete a opinião dos Estados costeiros de que “certas decisões relativas ao exercício de direitos de soberania ou jurisdição, especialmente as relativas ao exercício da discricionariedade, não devem ser objeto de contestação em qualquer forma de adjudicação.”

O Artigo 298 trata de três tipos de disputa que podem ser excluídos dos procedimentos da Seção 2 mediante uma declaração escrita, sendo elas: disputas envolvendo delimitações de fronteiras marítimas ou baías e títulos históricos, disputas relacionadas a atividades militares ou de aplicação da lei e disputas em relação às quais o Conselho de Segurança da ONU esteja exercendo seu papel à luz da Carta (ONU, 1982).

Isso significa que um Estado que fizer uma declaração excluindo determinada categoria de disputa dos procedimentos da Seção 2 garante uma espécie de imunidade, na medida permitida por tal disposição, mas, por outro lado, também perde o direito de apresentar uma reclamação sobre esta mesma categoria de disputa contra terceiros. Sobre este aspecto, Mirrills observou (2005, p. 189, tradução nossa):

Embora isso esteja de acordo com o princípio usual que rege as limitações da jurisdição internacional, indica que se os Estados fizerem amplo uso das oportunidades oferecidas pelo Artigo 298^o, a erosão resultante do princípio da liquidação compulsória será muito significativa.¹²

¹¹ Original em inglês: *certain decisions relating to the exercise of sovereign rights or jurisdiction, especially those concerning the exercise of discretion, should not be subject to challenge in any form of adjudication.*

¹² Original em inglês: *While this is in accordance with the usual principle governing limitations on international jurisdiction, it indicates that if states make extensive use of the opportunities offered by Article 298, the resulting erosion of the principle of compulsory settlement will be very significant.*

3.3 Regimes jurídicos das características marítimas

A existência de ilhas, rochedos e baixios à descoberto afeta diretamente a delimitação dos espaços marinhos sob jurisdição de um Estado. Dessa forma, faz-se apropriado realizar uma análise do regramento existente sobre estas características marítimas.

De acordo com o previsto no artigo 121 da CNUDM, uma ilha corretamente identificada gera espaços marítimos vastos sob jurisdição do Estado possuidor dela, como zona contígua, ZEE e PC, podendo se estender além de 200 milhas náuticas. Logo, a definição legal de ilha e das demais características marítimas se torna uma questão de relevada importância para o DIP.

Há uma distinção nítida entre soberania contestada sobre o território de uma característica marítima, da contestada sobre o espaço marítimo adjacente, havendo o entendimento de que a terra gera o direito sobre o mar, sendo, portanto, a propriedade da característica primordial para o estabelecimento da jurisdição sobre os espaços marítimos.

Existe uma grande quantidade de ilhas e outras formações insulares ao redor do mundo, não existindo, porém, um número exato destas características. Estima-se que existam cerca de meio milhão dessas formações, levantando a questão se todas elas podem ser consideradas ilhas e se as mesmas devem gerar todos os espaços marítimos adjacentes previstos no parágrafo 2º do artigo 121 (zona contígua, ZEE e PC), independente de seus tamanhos, condições de habitabilidade e fatores econômicos. Uma interpretação literal de que todas as formações insulares e características marítimas gerariam tais espaços, promoveria ainda mais a divisão dos oceanos, diminuindo o espaço do alto-mar e da Área¹³, a qual é considerada patrimônio comum da humanidade, além de aumentar a possibilidade de

¹³ Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito no Mar, artigo 1 (1): “Área” significa o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional. (Cf. ONU, 1982)

disputas territoriais entre Estados. Dessa forma, a CNUDM procurou definir os parâmetros para definição de ilhas, rochedos e baixios à descoberto.

O artigo 121 (1) da CNUDM define ilha como “uma formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preamar” (ONU, 1982, P.33).

Segundo Schofield (2019), tal definição pressupõe quatro critérios para o estabelecimento legal de uma ilha.

Inicialmente, uma ilha no sentido legal deve constituir uma “área de terra”, cabendo salientar a necessidade de dois requisitos: que o recurso insular deve possuir ligação com o fundo do mar e que deve possuir a natureza da terra firme, não se aplicando a formações flutuantes como icebergs. Em segundo lugar, uma ilha deve ser uma característica “naturalmente formada”, o que implica que a sua composição deve ser “natural”, devendo ser formada sem intervenção humana em seu processo de formação, excluindo as ilhas artificiais e instalações como faróis, plataformas de petróleo ou torres de defesa da definição. O terceiro critério é que uma ilha deve ser “cercada por água”, não podendo ser conectada ao continente por um banco de areia que se exponha na maré baixa ou em qualquer outra situação. Por último, uma ilha deve estar sempre acima da linha d’água na preamar, o que a distingue de um baixio à descoberto.

Outro importante aspecto a se considerar, ao se estabelecer o regime legal de uma suposta ilha, é sua qualificação quanto à fatores socioeconômicos. A esse respeito, o parágrafo 3º do artigo 121 estabelece “Os rochedos que, por si próprios, não se prestam a habitação humana ou vida econômica não devem ter zona econômica exclusiva nem plataforma continental” (ONU, 1982).

Observa-se, logo, uma distinção entre as características marítimas acima d’água de acordo com sua utilização para habitação humana ou atividade econômica. Tal distinção tem

por finalidade evitar a situação de que todas as formações insulares gerem as áreas estendidas de ZEE e PC, reduzindo solicitações excessivas e disputas marítimas entre Estados. Nesse sentido, pode-se dizer que o artigo 121 possui uma natureza preventiva (TANAKA, 2015).

Outro elemento importante a ser analisado, é o termo “rochedo” presente no 3º parágrafo do referido artigo sem uma definição precisa. Nesse sentido, o referido parágrafo deve ser lido em conjunto com o disposto nos dois parágrafos anteriores, cabendo a interpretação de que “rochedos” são uma subcategoria de ilhas e que constituem uma exceção ao regime de ilhas previsto nos parágrafos anteriores do artigo 121 (TANAKA, 2015).

Ainda em relação a interpretação e definição dos termos empregados, o conceito de “vida econômica” necessita de esclarecimentos adicionais. Uma interpretação mais restritiva defende que o conceito de “vida econômica” deve ser de natureza comercial ou produtiva. Por outro lado, uma interpretação mais abrangente aplica o reconhecimento de outras atividades, como, por exemplo, a pesquisa científica. Nesse sentido, cabe destacar o caso Jan Mayen, uma formação insular pertencente à Noruega, com 380 km², habitada por cerca de vinte e cinco funcionários da estação meteorológica local, de uma estação LORAN¹⁴ e da estação rádio costeira, onde um serviço regular de aeronaves militares permite transferências de pessoal e entregas de carga, com o campo de desembarque servindo também para evacuação de emergência e assistência médica. Em 1981, a Comissão de Conciliação sobre a Área de Plataforma Continental entre a Islândia e Jan Mayen afirmou que Jan Mayen deve ser considerada ilha (ONU, 1981).

Finalmente, faz-se necessário examinar o termo “por si próprios”, em que uma interpretação restritiva implicaria na impossibilidade de um Estado “injetar” uma vida

¹⁴ Do acrônimo em inglês *Long Range Navigation*, trata-se de um sistema de navegação por rádio, de longo alcance, desenvolvido durante a Segunda Guerra Mundial, o qual operava em Média Frequência (MF).

econômica artificial, a partir de seu território terrestre. Todavia, no caso Jan Mayen citado, os suprimentos eram transportados a granel por navios até a Hvalrossbukta e depois por aeronaves militares até a ilha, fato que não impediu a Comissão de Conciliação de a reconhecer como uma ilha. Logo, a jurisprudência do caso parece implicar que a necessidade de abastecimento externo não priva uma formação marinha do status legal de ilha.

Outro conceito importante, referente às características marítimas e presente na CNUDM, refere-se aos recifes. A Convenção contém uma regra geral para ilhas situadas em atóis e ilhas que possuem recifes de corais. Cabe salientar que a CNUDM não contém uma definição do termo atol, o qual é definido como um recife em forma de anel, com ou sem uma ilha situada sobre ele, cercado pelo mar aberto, que envolve ou quase envolve uma “lagoa de água salgada”¹⁵ (ONU, 1989). O termo recife, por sua vez, refere-se a uma massa rochosa ou de coral que se encontra próxima do lume d’água ou que é exposta nas marés baixas, sendo este último considerado um baixio à descoberto.

O artigo 6 da CNUDM estabelece o seguinte:

No caso de ilhas situadas em atóis ou de ilhas que têm cadeias de recifes, a linha de base para medir a largura do mar territorial é a linha de baixa mar do recife que se encontra do lado do mar, tal como indicada por símbolo apropriado nas cartas reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro.

A definição exige alguns comentários interpretativos. Em primeiro lugar, o artigo refere-se a ilhas situadas em atóis ou que possuem cadeias de recife, e não apenas a atóis. Dessa forma, é possível interpretar que, ao menos que haja uma ilha e, conseqüentemente, terra firme no atol, este não pode gerar um mar territorial por si próprio. Outra importante observação diz respeito ao fato de a disposição não se aplicar a características permanentemente submersas de recifes, visto que somente considera recifes que se

¹⁵ O termo “lagoa de água salgada” empregado, refere-se à tradução de *lagoon*, o qual não possui similar em língua portuguesa e refere-se, especificamente, a um trecho de água salgada separado do mar por um banco de areia ou recife.

encontrem expostos pelo menos nas marés baixas.

Por fim, faz-se necessário avaliar o conceito de baixios à descoberto e suas implicações. Para tal, inicialmente, precisamos nos ater a definição presente no artigo 13 (1) da CNUDM: “Um ‘baixio a descoberto’ é uma extensão natural de terra rodeada de água, que, na baixa-mar, fica acima do nível do mar, mas que submerge na preamar” (ONU, 1982, p. 40).

Outro ponto importante, presente no artigo 13 (2), é que tais características marítimas, quando situadas totalmente fora do mar territorial, não possuem mar territorial próprio, bem como demais territórios marítimos previstos legalmente (ONU, 1982)

3.4 Delimitação Marítima

No direito Internacional, as atividades humanas nos mares e oceanos são reguladas de acordo com os diversos status legais dos espaços marítimos e suas zonas de jurisdição. Entretanto, ao se determinar a extensão espacial da jurisdição de um Estado costeiro, uma importante questão que pode surgir é quando a jurisdição de dois ou mais Estados costeiros se sobrepõem, caracterizando um caso de delimitação marítima. Sem regras sobre a delimitação marítima em espaços com jurisdições conflitantes, os Estados costeiros não poderiam desfrutar efetivamente dos usos legais previstos para os espaços marítimos.

Na CNUDM, os artigos 15, 74 e 83 são as disposições que regem a delimitação do mar territorial, da ZEE e da PC, respectivamente. Durante a Convenção, o tema da delimitação marítima esteve profundamente relacionado com o tema do direito das ilhas às zonas marítimas, explorado no subcapítulo anterior.

O caráter quase legislativo e universal da CNUDM, indelevelmente, influencia na interpretação de suas disposições. O significado transmitido por cada disposição está embutido em uma certa fraseologia, cuja interpretação deve seguir os princípios da

hermenêutica jurídica. Logo, alguns aspectos gerais sobre a interpretação da CNUDM devem ser considerados (ANTUNES, 2002).

Nesse sentido, três teorias principais podem ser identificadas quanto à interpretação do tratado: a escola subjetiva, a qual defende que deve se buscar a intenção das partes presentes; a escola objetiva, a qual afirma que o objetivo principal é determinar o significado do texto; e, por último, a escola teleológica, que saliente a necessidade de se olhar para o objeto e o propósito do tratado.

No caso específico das disposições afetas à delimitação marítima, incorporadas na CNUDM, diversos argumentos demonstram reforçar a adoção de uma interpretação objetiva, com o foco estabelecido principalmente no elemento textual, resultado do caráter quase universal da Convenção, o qual dificultaria sobremaneira a identificação de uma “intenção comum” entre todas as partes (ANTUNES, 2002).

Em suma, as interpretações baseadas em elementos objetivos devem prevalecer. Quanto ao contexto, deve ser considerado o princípio da integração, em que vale a noção de que os tratados devem ser interpretados como um todo. A interpretação realista também deve ser preferida a uma interpretação histórica.

Dessa forma, pode-se argumentar que o direito deve refletir a evolução da sociedade da qual ele provém, representada pelo contexto existente e pelo ordenamento vigente no momento de sua escrituração.

Outro ponto importante para análise diz respeito à busca de um sistema jurídico bem equilibrado que concilie previsibilidade e flexibilidade na lei. Logo, a legislação sobre delimitação marítima deve possuir um certo grau de previsibilidade. Por outro lado, à medida que casos diferentes de delimitação marítima ocorrem e diferem entre si, também se faz necessária uma consideração flexível sobre os fatores geográficos e não geográficos, com a

finalidade de alcançar resultados equitativos (TANAKA, 2015).

A delimitação marítima pode ser definida como “o processo de estabelecimento de linhas que separam o âmbito espacial da jurisdição do Estado costeiro sobre o espaço marítimo em que o título legal se sobrepõe ao de outro Estado” (TANAKA, 2015, p. 469, tradução nossa)¹⁶.

Da definição dada, é necessário considerar os seguintes aspectos: a delimitação marítima não é um ato unilateral, devendo ser efetuada por acordo entre as partes envolvidas. Nesse sentido, deve ser observada a posição da CIJ no caso do Golfo do Maine (1984, p. 299, tradução nossa), em que afirmou que “Nenhuma delimitação marítima entre Estados com costas opostas ou adjacentes pode ser efetuada unilateralmente por um desses Estados.”¹⁷

No contexto das discussões preparativas da Convenção, dois grupos antagônicos formaram-se em relação aos argumentos para redação dos artigos referentes à delimitação marítima. De um lado, o grupo que pregava a equidistância; de outro, o grupo que argumentava por uma solução equitativa. Diversas discussões originaram-se desse ponto, com a redação final procurando ser abrangente e, ao mesmo tempo, permitindo alguma flexibilidade, dada a impossibilidade de uma redação mais densa sem dar origem a objeções de um dos grupos. De todo processo de negociação, é justo inferir que a fórmula de delimitação presente na redação dos artigos incorpora o que havia de comum entre os dois grupos: a necessidade de se evitarem soluções injustas (ANTUNES, 2002).

Tendo em vista que a disputa referente ao caso de Arbitragem do MSC não possui questão relativa à delimitação marítima de mares territoriais, este capítulo abordará somente

¹⁶ Original em inglês: *Maritime delimitation may be defined as the process of establishing lines separating the spatial ambit of coastal State jurisdiction over maritime space where the legal title overlaps with that of another State.*

¹⁷ Original em inglês: *No maritime delimitation between States with opposite or adjacent coasts may be effected unilaterally by one of those States.*

as questões afetas aos artigos 74 (1) e 83 (1), referentes respectivamente às delimitações da ZEE e PC, cujas redações foram estabelecidas da mesma forma:

A delimitação da zona econômica exclusiva/plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente deve ser feita por acordo, de conformidade com o direito internacional, a que se faz referência ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a fim de se chegar a uma solução equitativa (ONU, 1982, p. 77 e 84)

A definição, no que diz respeito à normatividade, foi duramente criticada por estudiosos do DIP, os quais a caracterizaram como vaga, vazia, indeterminada, praticamente sem sentido e com um lamentável grau de incerteza jurídica. A falha em estabelecer padrões normativos mais claros deve-se ao impacto do realismo no DIP, observado na necessidade sentida durante a Terceira Conferência de se encontrar uma solução de compromisso que reunisse apoio da grande maioria dos Estados (ANTUNES, 2002).

A referência ao artigo 38 do Estatuto da CIJ¹⁸ implica um direcionamento relativo aos critérios operacionais por meio dos quais a solução equitativa deve ser buscada e a base jurídica sobre a qual ela se baseia.

3.5 Soberania territorial e disputas mistas

A noção de soberania no DIP é tão antiga quanto o próprio DIP, estando intimamente ligada ao seu desenvolvimento. A Paz de Vestfália, a qual encerrou à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), é considerada o marco inicial do Direito Internacional clássico e uma das bases de estudo das Relações Internacionais, tendo estabelecido os princípios que

¹⁸ Estatuto da CIJ, artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

caracterizam o Estado moderno, com destaque para as noções de soberania, igualdade jurídica entre estados, territorialidade e o princípio de não intervenção.

Dessa forma, a soberania do Estado significava, por um lado, a independência e a impermeabilidade jurídica deste em relação a outros Estados e, por outro, a jurisdição e supremacia exclusivas sobre seu território e habitantes.

No desenvolvimento do conceito contemporâneo de soberania, identificam-se duas correntes principais de pensamento. A primeira corrente busca restringir a soberania do Estado em prol da cooperação internacional e de valores supostamente universais, como por exemplo: direitos humanos e meio ambiente; a segunda corrente, por sua vez, diz respeito a tendência conservadora de alguns Estados em manter zelosamente sua soberania plena frente às adversidades existentes no mundo (MIYOSHI, 2009).

A organização internacional se mostra impossível sem a devida cooperação entre os Estados, dependendo, de fato, de um certo grau de concessão mútua entre eles. Nesse sentido, o direito internacional tem se desenvolvido mediante o incremento desta cooperação nos últimos anos, materializado pelas Organizações Intergovernamentais (OIG), comunidades integradas, instrumentos multilaterais e seus mecanismos de resolução de controvérsias.

Segue-se, então, que a soberania não é absoluta, uma vez que, sendo absoluta, resultaria na negação de uma ordem jurídica internacional. As múltiplas obrigações legais dos Estados, que cooperam em uma rede de instrumentos internacionais, embora possam restringir suas liberdades de ação, são, na verdade, uma forma de exercício da soberania e podem incrementar a preservação de seus status legais de soberania politicamente e economicamente (MIYOSHI, 2009).

As disputas sobre território, muitas vezes possuem pontos historicamente sensíveis, culturalmente enraizados e de grande apelo nacional. Além disso, tendo em vista o

desenvolvimento do conceito de ZEE nas últimas décadas, o valor da propriedade costeira e insular aumentou consideravelmente. Dessa forma, reivindicações sobre territórios capazes de gerar zonas marítimas frequentemente ocorrem porque os Estados anseiam por ampliar suas fronteiras marítimas e, conseqüentemente, estender o controle sobre os recursos marítimos inseridos nessas áreas.

A CNUDM fornece aos Estados um sistema abrangente de mecanismos para resolução de controvérsias, incluindo o TIDM e os Tribunais Arbitrais do Anexo VII, os quais possuem competência sobre uma ampla gama de disputas marítimas, incluindo as delimitações de fronteiras marítimas. Todavia, muitas vezes essas disputas marítimas podem envolver simultaneamente questões de soberania territorial, caracterizando o que convencionou-se chamar de “disputa mista”, ocorrendo principalmente quando há soberania territorial sobre ilhas em disputa, não estando claro se os tribunais supracitados possuem jurisdição para resolver tais questões.

Nesse sentido, uma questão relevante é se, com base na prática judicial internacional, os Tribunais do Direito do Mar poderiam se declarar competentes para julgar casos envolvendo disputas mistas, apesar da falta de base expressa na CNUDM, empregando o argumento de “poderes implícitos”. Outra questão relevante é até que ponto disputas marítimas “puras” podem ser distinguidas e resolvidas separadamente das disputas sobre soberania territorial (BUGA, 2012).

Avaliando o previsto na CNUDM, o artigo 279 estabelece a obrigação dos Estados resolverem suas disputas por meios pacíficos, com o artigo 287 estabelecendo a liberdade de escolha dentre os vários fóruns de resolução de disputas, incluindo o TIDM e o tribunal arbitral do anexo VII, os quais, segundo o artigo 288, possuem “jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação desta Convenção” (ONU, 1982, p. 198), incluindo uma

competência geral para julgar disputas relacionadas a fronteiras marítimas. Não há, entretanto, nenhuma disposição explícita sobre os tribunais poderem lidar com questões auxiliares de soberania territorial. Todavia, tendo em vista que o Direito do Mar é parte integrante do DIP, um tribunal de Direito do Mar poderia abordar questões do direito internacional consuetudinário, não explicitas diretamente na CNUDM, necessárias para chegar a uma decisão sobre o tema a ele submetido, inclusas aquelas afetas à soberania territorial (BUGA, 2012).

Sobre este aspecto, o ex-presidente do TIDM, Rüdiger Wolfrum (2006, p.6, tradução nossa), argumentou: “Questões de soberania ou outros direitos sobre território terrestre continental ou insular, que estejam intimamente ligados ou auxiliares à delimitação marítima, dizem respeito à interpretação ou aplicação da Convenção e se enquadram em seu escopo.”¹⁹

Devido à natureza sensível das delimitações de fronteiras marítimas, especialmente quando interligadas com questões de soberania territorial, a avaliação das disputas mistas nos termos da Convenção é complexa e controversa. Na prática, é provável que os tribunais do Direito do Mar encontrem formas de abordar ou evitar questões territoriais simultâneas em disputas predominantemente marítimas (onde o aspecto terrestre não constitui o cerne da reivindicação). Além disso, um outro aspecto relevante a se abordar é o papel do artigo 300º da CNUDM, o qual concede uma base jurisdicional independente para julgar disputas mistas em caso de flagrante “abuso de direito” (BUGA, 2012).

¹⁹ Original em inglês: *Issues of sovereignty or other rights over continental or insular land territory, which are closely linked or ancillary to maritime delimitation, concern the interpretation or application of the Convention and therefore fall within its scope.*

4 CONFRONTAÇÃO DOS ARGUMENTOS CHINESES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E JURISPRUDÊNCIAS

Este capítulo confrontará os argumentos chineses apresentados no segundo capítulo com as sentenças proferidas pela CPA no caso da Arbitragem do MSC, os aspectos teóricos envolvidos, explorados no capítulo 3, e a jurisprudência internacional desenvolvida em casos anteriores. Para tal, o capítulo encontra-se dividido em quatro partes, de acordo com as posições apresentados pela China em seu Documento de Posição, onde são apresentados os argumentos chineses para o não reconhecimento da Arbitragem do MSC. Face ao exposto, a primeira parte confrontará a posição chinesa de que o tema central da Arbitragem reside na soberania territorial sobre várias características do MSC, não se tratando, portanto, de um caso de interpretação ou aplicação da CNUDM; a segunda parte do capítulo analisará a posição chinesa de que existem acordos bilaterais entre as partes que impediriam as Filipinas de encaminhar o caso unilateralmente para arbitragem; na terceira parte, será confrontada a posição chinesa de que, mesmo considerando que a disputa seja afeta à interpretação ou aplicação da CNUDM, constituiria parte integrante de um processo de delimitação marítima entre as partes, o que, na visão chinesa, enquadraria a questão no âmbito da declaração de exclusão facultativa apresentada pela China; por fim, será confrontado o argumento chinês de que o direito dos Estados a escolher livremente os meios de solução de controvérsias deve ser respeitado, sendo a jurisdição do Tribunal Arbitral previsto no Anexo VII dependente de consentimento entre as partes.

4.1 Essência do tema: soberania territorial ou aplicação e interpretação da CNUDM.

Conforme visto no primeiro capítulo, o governo da RPC, em seu Documento de

Posição de 2014, dividiu seus argumentos em quatro posições principais, iniciando o mesmo pela alegação de que o tema central da disputa seria afeto à soberania territorial sobre várias características marítimas do MSC. Nesse sentido, o governo chinês alegou possuir soberania indiscutível sobre as características marítimas do MSC e as águas adjacentes (CHINA, 2014). Para justificar tal argumento, alegou que o país teria sido o primeiro a descobrir, nomear, explorar e explorar os recursos das ilhas do MSC e o primeiro a exercer continuamente poderes soberanos sobre elas (CHINA, 2014), invocando direitos históricos sobre todo o espaço marinho presente no interior da “linha de nove traços”.

Dessa forma, na visão chinesa, o Tribunal Arbitral teria que, inevitavelmente, determinar quem possuía soberania territorial sobre as características marítimas do MSC para decidir sobre qualquer reivindicação filipina, incluindo submissões relativas aos direitos históricos chineses.

Em contrapartida, as Filipinas alegaram que nenhuma de suas submissões exigia uma posição sobre a soberania da China ou de qualquer outro Estado. Na visão filipina, suas submissões acerca da relação entre os direitos históricos reivindicados pela China e a CNUDM não exigiam nenhuma determinação prévia de soberania.

Em suas submissões nº 1 e 2, as Filipinas alegaram que: os direitos marítimos da China no MSC não podem ir além daqueles expressamente permitidos pela CNUDM e que as reivindicações chinesas de “direitos históricos” em relação às áreas marítimas do MSC, englobadas pela “linha de nove traços”, são contrárias à Convenção e sem efeito legal, uma vez que excedem os limites geográficos expressamente permitidos pela CNUDM (CPA, 2016).

Do exposto, a CPA entendeu que era perfeitamente possível abordar as submissões filipinas mesmo partindo da premissa que a China estivesse correta em sua afirmação de soberania sobre Scarborough Shoal e as Spratlys. Consequentemente, a Corte considerou que

as reivindicações filipinas não se caracterizavam como uma disputa sobre soberania territorial. Por fim, a CPA declarou estar plenamente consciente dos limites das reivindicações a ela apresentadas e que pretende garantir que sua decisão não avance nem despreze as reivindicações de qualquer das partes sobre soberania territorial no MSC” (CPA, 2016).

Sobre os alegados “direitos históricos” da China no interior da “linha dos nove traços”, convém salientar que a CNUDM não contém nenhuma disposição relativa ao termo, havendo referência ao termo “título histórico”, nos artigos 15 e 281 (1) (a) (i), e ao termo “baía histórica”, nos artigos 10 (6) e 298 (1) (a). Em sua sentença sobre o Mérito, a CPA (2016, p. 96, tradução nossa) fez uma clara distinção entre o conceito de “direitos históricos”, “títulos históricos” e “águas históricas”.

O termo "direitos históricos" é de natureza geral e pode descrever quaisquer direitos que um Estado possa possuir que normalmente não surgiria sob as regras gerais do direito internacional, ausentes circunstâncias históricas particulares. Os direitos históricos podem incluir soberania, mas podem incluir igualmente direitos mais limitados, como direitos de pesca ou direitos de acesso, que estão muito aquém de uma reivindicação de soberania. “Título histórico”, em contraste, é usado especificamente para se referir à soberania histórica para áreas terrestres ou marítimas. “Águas históricas” é simplesmente um termo para título histórico sobre áreas marítimas, tipicamente exercidos como uma reivindicação de águas interiores ou como uma reivindicação ao mar territorial(...). Finalmente, uma "baía histórica" é simplesmente uma baía na qual um Estado reivindica águas históricas.²⁰

De acordo com a definição apresentada pela Corte, direitos históricos não se referem diretamente à soberania, e os termos título histórico, águas históricas e baías históricas são afetos a áreas marítimas caracterizadas como águas interiores ou mar territorial. Em que pese não ser clara a natureza dos direitos reivindicados pela China no interior da “linha de nove traços”, pode-se excluir que ela reivindique a área como seu mar territorial ou águas

²⁰ Original em inglês: *The term “historic rights” is general in nature and can describe any rights that a State may possess that would not normally arise under the general rules of international law, absent particular historical circumstances. Historic rights may include sovereignty, but may equally include more limited rights, such as fishing rights or rights of access, that fall well short of a claim of sovereignty. “Historic title”, in contrast, is used specifically to refer to historic sovereignty to land or maritime areas. “Historic waters” is simply a term for historic title over maritime areas, typically exercised either as a claim to internal waters or as a claim to the territorial sea (...). Finally, a “historic bay” is simply a bay in which a State claims historic waters.*

interiores, conforme especificado em seu próprio documento de posição: "a China sempre respeita a liberdade de navegação e sobrevoo desfrutado por todos os Estados do Mar do Sul da China, de acordo com o direito internacional"²¹ (CHINA, 2014, § 28); salientando que tais liberdades não são possíveis nos espaços citados.

Do exposto, observa-se que a alegação chinesa de que a questão principal no caso da Arbitragem do MSC seria afeta a definição de soberania territorial sobre as características marítimas do MSC não se sustenta, uma vez que, mesmo supondo hipoteticamente que a China possuísse tal soberania, este fato não lhe traria direitos sobre o vasto espaço marítimo no interior da "linha de nove traços", conforme pode ser observado no mapa comparativo entre a reivindicação chinesa e os direitos previstos na CNUDM (FIG. 3).

4.2 Acordos bilaterais vs. Métodos compulsórios de solução de controvérsias

O segundo argumento chinês apresentado em seu Documento de Posição, diz respeito ao fato de China e Filipinas possuírem acordos por meio de instrumentos bilaterais e da Declaração sobre a Conduta das Partes no Mar do Sul da China, assinada com a ASEAN.

O argumento chinês baseia-se em sua interpretação do artigo 282 da CNUDM, o qual prevê que se os Estados Partes que possuem uma controvérsia tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer uma das partes, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na Parte VX (ONU, 1982).

Outro artigo importante para análise do argumento chinês é o 281 (1) e (2), sendo necessário, portanto, sua análise.

1. Se os Estados Partes que são partes numa controvérsia relativa à

²¹ Original em inglês: *It should be particularly emphasized that China always respects the freedom of navigation and overflight enjoyed by all States in the South China Sea in accordance with international law.*

interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem acordado em procurar solucioná-la por um meio pacífico de sua própria escolha, os procedimentos estabelecidos na presente Parte só serão aplicados se não tiver sido alcançada uma solução por esse meio e se o acordo entre as partes não excluir a possibilidade de outro procedimento.

2. Se as partes tiverem também acordado num prazo, o disposto no parágrafo 1º só será aplicado depois de expirado o prazo (ONU, 1982, p. 195)

Da redação do artigo identifica-se três requisitos para que os procedimentos obrigatórios da Convenção possam ser empregados, quais sejam:

- a) Nenhuma solução tiver sido alcançada por meio do acordo entre as partes;
- b) O acordo entre as partes não excluir a possibilidade de outro procedimento; e
- c) Se o prazo acordado entre as partes tiver expirado.

Sobre esses pontos cabe inicialmente avaliar a decisão da CPA em sua sentença de jurisdição e admissibilidade, onde a Corte avaliou uma série de instrumentos para verificar se as partes possuíam realmente algum acordo vinculante, nos termos do artigo 282, tendo sido avaliados: o DCCPMSC, uma série de declarações conjuntas emitidas pelas partes referentes à resolução de disputas por meio de negociações, o Tratado de Amizade e Cooperação no Sudeste Asiático e a Convenção sobre Diversidade Biológica. Sobre o DCCPMSC, a CPA considerou que se trata de um acordo político, não se destinando, portanto, a ser um acordo juridicamente vinculativo em relação à solução de disputas, além de não fornecer um mecanismo para resolução vinculativa e não excluir outros meios de resolução (CPA, 2015a). A mesma conclusão foi observada quanto às declarações conjuntas identificadas no Documento de Posição chinês. Sobre o Tratado e a CDB, a Corte observou que ambos são acordos juridicamente vinculativos, entretanto não fornecem um mecanismo obrigatório ou excluem outros procedimentos (CPA, 2015a). Dessa forma, a CPA concluiu que nenhum desses instrumentos impediriam as Filipinas de levar suas reivindicações à arbitragem.

Passando a análise de casos anteriores em busca da identificação de jurisprudência, um conhecido caso apresenta interpretação conflitante com a posição da

Arbitragem do MSC sobre o tema.

No caso de Arbitragem do Atum-Rabilho do Sul, entre Austrália e Nova Zelândia contra o Japão, onde a questão central referia-se ao fato do artigo 16 da Convenção para Conservação do Atum Rabilho do Sul, de 1993, impedir ou não a aplicação dos procedimentos obrigatórios da CNUDM; o TIDM, concordando com os argumentos de Austrália e Nova Zelândia de que a Convenção de 1993 não previa um procedimento obrigatório de solução de controvérsias, entendeu que o fato da Convenção de 1993 ser aplicada entre as partes não impede o recurso aos procedimentos da Parte XV, Seção 2, da CNUDM (TIDM, 1999).

Todavia, posteriormente, tal interpretação não foi corroborada pelo Tribunal Arbitral do Anexo VII por ocasião da fase de mérito. Na opinião do Tribunal a ausência de uma exclusão expressa de qualquer procedimento no artigo 16 não é decisiva. O parágrafo 1º do artigo 16 exige que as partes se consultem entre si com vista à resolução do litígio por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, resolução judicial ou outro meio pacífico à sua escolha. Já o segundo parágrafo do artigo orienta o encaminhamento de uma controvérsia não resolvida pelos métodos de disputas citados ao Tribunal Internacional de Justiça ou à Arbitragem com o consentimento, em cada caso, de todas as partes na disputa. O Tribunal entendeu ainda que a intenção do artigo 16 é retirar os procedimentos sob esse artigo do alcance dos procedimentos obrigatórios da seção 2 da Parte XV da Convenção, ou seja, excluir a aplicação de qualquer procedimento de resolução de disputas que não seja aceito por todas as partes (ONU, 2000).

Essa interpretação, no entanto, foi contestada por um dos membros do Tribunal, o juiz Kenneth Keith, que emitiu uma “Opinião Separada de Justiça” alegando que seria necessária uma redação clara para permitir a exclusão dos procedimentos obrigatórios previstos na CNUDM (ONU, 2000).

O professor Alan Boyle (2001) também questionou a interpretação do Tribunal, argumentando, de maneira similar ao entendimento do TIDM, que o artigo 16 da Convenção para Conservação do Atum Rabilho do Sul não excluía a possibilidade de outro procedimento para resolução de controvérsias, conforme estabelecido pelo artigo 281 da CNUDM. Ele chamou a interpretação do Tribunal de “um dos mais incomuns exercícios criativos de interpretação de um tratado por um tribunal internacional”²² (BOYLE; EVANS, 2001, p. 448), por ele argumentar que a origem do artigo 16º era baseada no Artigo Tratado Antártico de 1959 e concluir que ambos visavam excluir qualquer jurisdição compulsória.

Outro renomado jurista a questionar a decisão do Tribunal Arbitral foi Bernard Oxman (2001), alegando que a disputa não foi resolvida por negociação ou outros meios previstos na Seção 1 da Parte XV, sendo, dessa forma, um tribunal arbitral conforme o Anexo VII da CNUDM o foro relevante de acordo com a Seção 2. Em suas palavras: “No sentido mais amplo, a questão perante o tribunal arbitral era se o Artigo 286 significa o que parece dizer. A resposta foi não”²³ (OXMAN, 2001, p.281).

Conforme observado por Tanaka (2019), as diferentes interpretações do artigo 281 apresentadas nos casos do atum-rabilho do Sul e do MSC refletem duas abordagens contrastantes sobre o sistema de solução de controvérsias da CNUDM. A primeira das abordagens, conhecida como voluntarista, é influenciada por uma concepção vestfaliana do Direito Internacional, que enfatiza a salvaguarda da soberania do Estado. Segundo a mesma, os “meios pacíficos de sua própria escolha” devem prevalecer sobre o sistema de solução de controvérsias, com ênfase em restringir os procedimentos obrigatórios sob a Convenção. Sob

²² Original em inglês: [...] *in one of the more unusual exercises in creative treaty interpretation by an international tribunal.*

²³ Original em inglês: [...] *In the broadest sense, the question before the arbitral tribunal was whether Article 286 means what it appears to say. The answer was no.*

essa interpretação, o sistema de solução de controvérsias da CNUDM seria meramente auxiliar das decisões políticas dos Estados. A segunda é o que pode ser chamado de abordagem objetivista, a qual enfatiza a ordem jurídica internacional além dos Estados. A sua ênfase reside no sistema global de solução de controvérsias estabelecido sob a CNUDM, uma vez que é parte integrante da ordem jurídica internacional.

As duas abordagens contrastantes parecem refletir a realidade de um sistema jurídico internacional em constante evolução e que se encontra em transição, em que se verificam crescentes restrições legais a práticas e ações unilaterais por parte dos Estados. Sobre este aspecto, Oxman observou: “se havia um mal que procurava ser remediado por uma nova convenção do Direito do Mar [...] era a instabilidade causada pelo unilateralismo”²⁴ (OXMAN, 2001, p 303).

Logo, faz-se necessário observar a CNUDM nesse contexto, com o sistema de soluções de controvérsias sendo visto do ponto de vista do combate ao unilateralismo no mar. Por outro lado, uma abordagem voluntarista, como a do tribunal arbitral no caso do atum-rabilho do Sul, permite que um acordo regional sem previsão de procedimentos obrigatórios para solução de controvérsias exclua qualquer recurso aos procedimentos obrigatórios. Assim, pode-se afirmar que a abordagem objetivista possui um maior alinhamento aos preceitos da CNUDM e a consolidação de uma ordem jurídica internacional para o Direito do Mar.

Outra importante análise sobre os procedimentos obrigatórios vinculantes da Convenção, foi dada pelo professor Alan Boyle, que observou que a ênfase colocada nos dispositivos de solução de controvérsias na CNUDM de 1982, em especial nos procedimentos obrigatórios vinculantes, reflete os três objetivos centrais das negociações que levaram à sua

²⁴ Original em inglês: *if there was an evil that sought to be remedied by a new convention on the Law of the Sea [...] it was the instability caused by unilateralism.*

adoção. Em primeiro lugar a Convenção pretendia ter um caráter abrangente, procurando concentrar todas as questões relevantes do Direito do Mar em um único texto. Ela também procurava ser universal, na medida que tivesse o apoio da maior quantidade possível de Estados. Por fim, pretendia também ser integral, um “pacote”, que somente poderia ser ratificado na íntegra, sem reservas. Tendo em vista que a CNUDM trata de assuntos que possuíam disputas, questões novas e outras que permaneciam sem resolução, ela inevitavelmente representa um complexo equilíbrio de interesses e contém muitos artigos ambíguos ou incertos. Dessa forma, os procedimentos de resolução obrigatórios de litígios, fornece a base necessária para manter toda a estrutura unida e garantir sua aceitabilidade contínua pelas partes. Sem tais mecanismos, a Convenção poderia ser inevitavelmente interpretada e aplicada de forma diferente por cada Estado (BOYLE; EVANS, 2001).

4.3 Delimitação marítima e declaração de exceções facultativas

A terceira posição do governo chinês se baseia na argumentação que, mesmo se assumindo que o tema central da arbitragem fosse referente a interpretação ou aplicação da CNUDM, o assunto deveria ser tratado como um litígio de delimitação marítima entre as partes e, como tal, não poderia ser analisado ou julgado mediante nenhum procedimento previstos na Seção 2 da Parte VX, devido a Declaração de Exceções Facultativas chinesa de 2006, redigida em conformidade com o artigo 298 da CNUDM. O artigo em lide permite aos Estados parte da Convenção declarar que não aceita os procedimentos supracitados sobre as seguintes categorias de controvérsias: relativas à delimitação de fronteiras marítimas, a baías e títulos históricos, a atividades militares, e a atividades de aplicação da lei (ONU, 1982).

Ao iniciar a análise desta posição chinesa, deve-se primeiramente observar o entendimento do Tribunal de Arbitragem em sua sentença sobre jurisdição e admissibilidade.

Nesse sentido, o Tribunal entendeu que

uma disputa sobre a existência de um direito a zonas marítimas é distinta de uma disputa sobre a delimitação dessas zonas em uma área onde os direitos das partes se sobrepõem. [...] Uma fronteira marítima só pode ser delimitada entre Estados com costas opostas ou adjacentes e direitos sobrepostos. Em contraste, uma disputa sobre direitos reivindicados pode existir mesmo sem sobreposição, quando – por exemplo – um Estado reivindica zonas marítimas em uma área que outros Estados entendem fazer parte do alto mar ou da Área para os fins da Convenção. (CPA, 2015a, p. 61, tradução nossa)²⁵

Cabe destacar que as Filipinas contestaram a existência e a extensão dos direitos marítimos reivindicados pela China no MSC, não tendo solicitado ao Tribunal que delimite quaisquer direitos sobrepostos entre os dois estados, não se tratando, dessa forma, de uma disputa sobre fronteiras marítimas (CPA, 2015a).

Outro aspecto relevante, relacionado às exceções previstas no artigo 298, diz respeito a baías e títulos históricos. Sobre este aspecto, o Tribunal observou que a China não aprofundou aspectos significativos quanto aos seus direitos e prerrogativas reivindicados no MSC. Embora a China reivindique repetidamente possuir “direitos históricos” no interior da chamada “linha de nove traços”, não esclareceu a natureza ou escopo dos desses direitos, tampouco qual o significado de tal linha (CPA, 2015a).

Na opinião do Tribunal, as submissões nº 1 e 2 das Filipinas refletem uma disputa sobre a origem dos direitos marítimos da China no MSC e a interação dos “direitos históricos” reivindicados com as disposições da CNUDM. Dessa forma, o Tribunal entendeu ser necessário avaliar se o artigo 298 poderia excluir sua jurisdição devido ao fato da disputa se tratar de uma reivindicação acerca de títulos históricos ou baías históricas, conforme estabelecido no artigo em questão. Sobre esse ponto, o Tribunal, tendo concluído que a exceção à jurisdição do artigo

²⁵ Original em inglês: *In particular, the Tribunal considers that a dispute concerning the existence of an entitlement to maritime zones is distinct from a dispute concerning the delimitation of those zones in an area where the entitlements of parties overlap. [...] A maritime boundary may be delimited only between States with opposite or adjacent coasts and overlapping entitlements. In contrast, a dispute over claimed entitlements may exist even without overlap, where—for instance—a State claims maritime zones in an area understood by other States to form part of the high seas or the Area for the purposes of the Convention.*

298 (1) (a) (i) está limitada a disputas envolvendo “títulos históricos” e que a reivindicação chinesa não seria dessa natureza, decidiu que o mesmo possuía jurisdição para avaliar as submissões Filipinas (CPA, 2016).

Em que pese não constar diretamente nos argumentos chineses presentes em seu Documento de Posição, uma breve análise sobre o status legal de algumas características marítimas do MSC se faz necessária ao observar a decisão do Tribunal acerca de sua jurisdição não estar impedida pela declaração de exclusão chinesa.

Nesse sentido, ao avaliar a Submissão nº 8, onde as Filipinas alegam que China interferiu ilegalmente no gozo e exercício soberano de seus direitos em relação aos recursos vivos e não vivos de sua ZEE, o Tribunal entendeu que “não existem direitos sobrepostos porque apenas as Filipinas possuem direito a uma zona econômica exclusiva nas áreas relevantes”²⁶ (CPA, 2015a, p. 144, tradução nossa). Tal interpretação só foi possível pelo entendimento do Tribunal de que Mischief Reef e Second Thomas Shoal são baixios a descoberto e, dessa forma, não geram direitos a zonas marítimas por si sós (CPA, 2016), descaracterizando uma possível questão de delimitação marítima, uma vez que não há sobreposição de direitos à ZEE entre China e Filipinas, visto que tais características, mesmo que fossem comprovadas como pertencentes à China, não gerariam tais direitos.

Conforme observado por Klein (2015), as exceções previstas no artigo 298 não são “auto julgadoras” e não servem como um simples impedimento aos procedimentos da Seção 2 da Parte XV, cabendo ao Tribunal determinar se possui competência para decidir uma questão específica a ele encaminhada.

Dessa forma, do exposto nas sentenças do Tribunal Arbitral e dos aspectos

²⁶ Original em inglês: *no overlapping entitlements exist because only the Philippines possesses an entitlement to an exclusive economic zone in the relevant areas.*

teóricos expostos nas posições de proeminentes juristas, observa-se que não se pode caracterizar as submissões filipinas como afetas a uma questão de delimitação marítima, uma vez que, mesmo assumindo hipoteticamente que a China possuísse soberania sobre Mischief Reef e Second Thomas Shoal, tais características não gerariam direitos à ZEE ou PC, visto que tratam-se de baixios à descoberto, descaracterizando uma possível sobreposição de direitos característica de uma delimitação marítima.

O Tribunal avaliou ainda se os alegados “direitos históricos” chineses poderiam excluir a disputa de sua jurisdição de acordo com o previsto no artigo 298 (1) (a), concluindo que eles são distintos dos conceitos de “títulos históricos” e “baías históricas” abrangidos pelo artigo.

4.4 Liberdade dos Estados para escolha de meios de solução de controvérsias

A quarta e última posição sustentada pelo governo chinês diz respeito ao direito dos Estados em escolherem livremente os meios para solução de suas controvérsias, de modo que sua rejeição ao procedimento arbitral, estabelecido pelas Filipinas de maneira unilateral, estaria amplamente respaldada no Direito Internacional.

Em seu Documento de Posição, a China argumentou que a jurisdição de qualquer órgão judicial ou arbitral internacional sobre uma disputa interestatal depende do consentimento prévio entre as partes, de modo que o Tribunal Arbitral não teria jurisdição para o caso em questão. Segundo o governo chinês, tal necessidade estaria amparada pelo princípio do consentimento do DIP. Todavia, a China ao se tornar parte da Convenção, manifesta seu consentimento aos procedimentos previstos nela em sua totalidade, inclusive os procedimentos obrigatórios e vinculantes previstos na Seção 2 da Parte XV.

Sobre a alegação chinesa de que o Tribunal não teria jurisdição sobre o caso julgado na Arbitragem do MSC, convém destacar o previsto no artigo 288 (1) (2) e (4), em que está estabelecido que a corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da Convenção que lhe seja submetida, possuindo também jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da CNUDM e, em caso de controvérsia sobre sua jurisdição, a questão será resolvida pela própria corte ou tribunal. Conforme observado por Tanaka, tal artigo se fundamenta no princípio chamado “*la competence de la competence*”, amplamente consagrado no Direito Internacional (TANAKA, 2019). Dessa forma, uma simples leitura do artigo 288 é suficiente para questionar a alegação chinesa de que o Tribunal não teria jurisdição sobre o caso, uma vez que, tal decisão, em última instância, pertence ao próprio.

A declaração do Tribunal Arbitral no caso “*Artic Sunrise*”, corrobora os argumentos acima:

O fato de uma parte poder contestar a jurisdição do tribunal não é uma base na qual uma parte possa frustrar o cumprimento efetivo por parte desse tribunal de sua responsabilidade de julgar uma controvérsia submetida a ele, incluindo determinar sua própria jurisdição (CPA, 2015b, p. 91).²⁷

Essa posição chinesa também possui fundamentação no artigo 287 (1), o qual estabelece que os Estados que são parte da Convenção podem escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos meios relacionados no artigo: TIDM, CIJ, Tribunal Arbitral do Anexo VII e um tribunal arbitral especial constituído em conformidade com o anexo

²⁷ Original em inglês: *The fact that a party may contest the jurisdiction of the tribunal is not a basis on which a party can frustrate the effective discharge by that tribunal of its responsibility to adjudicate a dispute brought before it, including determining its own jurisdiction.*

VIII, sendo este último válido somente para controvérsias específicas citadas no referido anexo, não se aplicando ao caso em questão (ONU, 1982).

Todavia, cabe destacar que China e Filipinas não apresentaram declarações escritas escolhendo um dos procedimentos previstos, de forma que, conforme estabelecido no artigo 287 (3), na ausência de tal declaração, considera-se que aceitaram a arbitragem do Anexo VII da Convenção (ONU, 1982). Nesse sentido, a CPA declarou em sua sentença de jurisdição e admissibilidade (2016) que a controvérsia existente entre as partes foi corretamente submetida à arbitragem perante um tribunal constituído de acordo com o Anexo VII da Convenção.

Dessa forma, em que pese os Estado Partes da Convenção possuírem autonomia para escolher os meios pacíficos de resolução de controvérsias de sua preferência, isto não exclui a possibilidade de uma controvérsia não resolvida por esses meios ser levada a um tribunal arbitral estabelecido de acordo com o Anexo VII, cabendo a ele, em caso de questionamento sobre sua jurisdição, a decisão sobre tal. Convém destacar também a importância dos procedimentos obrigatórios incluídos na Parte VX como elementos essenciais de uma ordem jurídica internacional que se buscou estabelecer por ocasião da implementação da Convenção.

5 CONCLUSÃO

O MSC é, atualmente, a região com mais disputas e controvérsias sobre jurisdição de territórios marítimos no mundo. Tais disputas, muitas vezes, apresentam uma mistura complexa que envolvem questões sobre soberania de territórios, disputas marítimas e alegados direitos históricos. A região reveste-se de relevância em virtude de ser uma importante rota comercial para a China e países do sudeste asiático, da grande quantidade de recursos vivos e, mais recentemente, da descoberta de importantes reservas de combustível.

Em 2013, as Filipinas iniciam um processo de arbitragem contra a China, em resposta a duas ações chinesas ocorridas na região em 2012: a criação de uma nova unidade administrativa incluindo todas as características marítimas no interior da Linha de Nove Traços e a promulgação de uma lei exigindo a inspeção, expulsão ou detenção de navios que entrassem nas águas reivindicadas pela China.

As submissões filipinas enviadas ao Tribunal Arbitral possuíam como principais argumentos que a os direitos marítimos da China no MSC não poderiam ir além do previsto na CNUDM e que as reivindicações chinesas de direitos históricos nas áreas marítimas englobadas pela Linha de Nove Traços estão em desacordo com a Convenção.

A China rejeitou, desde o primeiro momento, o procedimento arbitral iniciado unilateralmente pelas Filipinas, tendo elaborado um Documento de Posição contendo as quatro posições centrais de sua argumentação para a não participação nos procedimentos instaurados e para o não reconhecimento da jurisdição do Tribunal Arbitral e dos efeitos de sua decisão.

Dessa forma, este estudo analisou os argumentos chineses à luz dos principais aspectos teóricos e princípios do DIP identificados, comparando-os com posições publicadas

de juristas consagrados, as sentenças proferidas pela CPA no caso e a jurisprudência internacional estabelecida em casos anteriores, buscando identificar se possuíam conformidade com a *opinio juris* existente.

Para atingir a tal propósito, no segundo capítulo foram apresentados os argumentos chineses constantes de seu Documento de Posição e um estudo sobre a “linha de nove traços”, com suas principais características e um breve histórico sobre sua origem. Analisaram-se, no terceiro capítulo, os aspectos teóricos relevantes, identificados nos argumentos chineses, com base na literatura especializada existente e em posições de autores consagrados. No quarto capítulo, os argumentos chineses foram confrontados com as sentenças proferidas pela CPA, com a jurisprudência oriunda de casos anteriores e com os aspectos teóricos previamente observados, demonstrando as inconformidades presentes nos argumentos chineses.

Tendo em vista que as reivindicações chinesas sobre a área no interior da “linha de nove traços” se baseiam em alegados direitos históricos, a análise desse aspecto se demonstrou fundamental para o início do estudo realizado. Em que pese, a China não ser clara sobre a natureza e extensão dos seus alegados direitos históricos, pode-se excluir que tais direitos sejam afetos à soberania prevista para o mar territorial e águas interiores, uma vez que a China reconhece a liberdade de navegação na região, conforme observado em seus documentos oficiais. Resta, então, que a reivindicação chinesa diz respeito a direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento de recursos vivos e não vivos, a qual não possui respaldo na CNUDM ou no DIP, além de não possuir caso análogo na história do Direito do Mar.

Outro aspecto central da pesquisa realizada diz respeito a alegação chinesa de que os acordos bilaterais e regionais existentes entre China e Filipinas impediriam que o caso fosse

levado aos procedimentos compulsórios previstos na seção 2 da parte XV da Convenção. Sobre tal ponto, observou-se que a existência de tais acordos e, até mesmo a priorização aos procedimentos de comum acordo previstos na seção 1, não impedem que a controvérsia não resolvida por eles seja submetida a tal jurisdição. Convém destacar ainda a importância que os procedimentos obrigatórios vinculantes possuem para a manutenção da estrutura jurídica buscada com a CNUDM.

As demais alegações chinesas para o não reconhecimento do procedimento arbitral incluem a caracterização do caso como uma delimitação marítima entre as partes, a sua declaração de exceções facultativa, emitida de acordo com o artigo 298 da CNUDM, e a liberdade dos Estados para escolha dos métodos de solução de controvérsias. Todos esses aspectos, embora relevantes, foram identificados como secundários durante a pesquisa, uma vez que remetem aos aspectos centrais supracitados: direitos históricos e métodos de solução de controvérsias. Todavia, tais aspectos não deixaram de ser confrontados com as disposições presentes na Convenção e jurisprudências existentes, não se encontrando conformidade deles à *opinio juris* existente internacionalmente.

Dessa forma, confirmou-se o pressuposto proposto de que a argumentação chinesa carece de fundamentação jurídica e não possui aderência à *opinio juris* e jurisprudência existente nos temas significativos da controvérsia.

O estudo mostrou-se relevante em virtude da importância geopolítica da região em disputa e da notoriedade do tema para o Direito Internacional Público, dado o ineditismo dele, resultado da negação chinesa em seu reconhecimento e a conseqüentemente não participação do país no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Nuno Sergio Marques. **Towards the conceptualisation of maritime delimitation**: legal and technical aspects of a political process. Durham theses, Durham University, 2002. Disponível em: <<http://etheses.dur.ac.uk/4186/>>. Acesso em 04 jun. 2022.
- BOYLE, Alan. **Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction**. British Institute of International and Comparative Law. Cambridge University Press. The International and Comparative Law Quarterly Vol. 46, No. 1 (Jan., 1997), pp. 37-54.
- BOYLE, Alan; EVANS, Malcon D. **The Southern Bluefin Tuna Arbitration**. The International and Comparative Law Quarterly, Cambridge, vol. 50, n. 2, p. 447-452, abril 2001.
- 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, 27(1), 59-95, 2012.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **PCA case nº 2013-19: The South China Sea Arbitration Awards (Merits)**, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://docs.pca-cpa.org/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2022.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **PCA case nº 2013-19: The South China Sea Arbitration Awards (Jurisdiction and Admissibility)**, 29 out. 2015. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/en/cases/7/>>. Acesso em: 02 maio 2022.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. **PCA case nº 2014-02: The Arctic Sunrise Arbitration Awards (Merits)**, 14 ago. 2015. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1438>>. Acesso em 07 jun. 2022.
- GIDEL, Gilbert. **Le Droit International Public de la Mer. Tome III, La Mer Territoriale et la Zone Contiguë**. Paris: Recueil Sirey, 1934 *apud* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. **Juridical Regime of Historic waters including historic bays**: Study prepared by the Secretariat. Extract from Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1962.
- KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MIRRILS, J. G. **International Dispute Settlement**. 4ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MIYOSHI, Masahiro. **Sovereignty and International Law**. Presentation to The State of Sovereignty Conference. Durham University, International Boundaries Research Unit, 1–3, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/31591388/Sovereignty_and_International_Law>. Acesso em 23 maio 2022.

MYERS, D. **International Law: A Treatise**. By L. Oppenheim. Vol. I: Peace. 8ª Edição. Londres: Longmans, Green, and Co. American Journal of International Law, 49(3), 1955.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. **Report of the International Law Commission on the Work of its Eighth Session**, 23 4 July 1956, Official Records of the General Assembly, Eleventh Session, Supplement No. 9. Extract from Yearbook of the International Law Commission, vol. I, 1956.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **General Assembly Resolution 1453 (XIV) on the Study of the Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays**: Note by the Secretariat, 1960.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. **Juridical Regime of Historic waters including historic bays**: Study prepared by the Secretariat. Extract from Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1962.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conciliation Commission on the Continental Shelf area between Iceland and Jan Mayen. **Report and recommendations to the governments of Iceland and Norway, decision of June 1981**. Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII, 1981.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Montego Bay: United Nations, 1982. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea. **The Law of the Sea – Baselines**: An examination of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea. New York: United Nations Publication, 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Reports of International Arbitral Awards**: Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), vol. XXIII, 2000.

ORGANIZAÇÃO HIDROGRÁFICA INTERNACIONAL. **Limits of Oceans and Seas**. Special publication n. 23. 3ª edição. Monte Carlo, 1953.

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

PINHEIRO, Aline. **Corte de arbitragem lançou direito sem fronteiras**. In: CONJUR, Capital Jurídica, 18 ago. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-ago-18/haia-capital-juridica-corte-permanente-de-arbitragem-direito-sem-fronteiras#:~:text=A%20Corte%20Permanente%20de%20Arbitragem%20n%C3%A3o%20foi%20criada%20propriamente%20como,um%20corpo%20de%20julgadores%20permanentes>>

Acesso em: 21 abr. 2022.

REPÚBLICA DAS FILIPINAS. Departamento de Relações Internacionais. **Notification and Statement of Claim on West Philippine Sea**. Manila. 2013.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. Ministério de Relações Exteriores da República Popular da China. **Declaration under article 298**. Pequim. 25 ago. 2006. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en>. Acesso em 25 abr. 2022.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. Ministério de Relações Exteriores da República Popular da China. **Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines**. Pequim. 2014. Disponível em: <https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/201412/t20141207_679387.html>. Acesso em 24 abr. 2022.

SCHOFIELD, Clive. **The Regime of Islands Reframed: Developments in the Definition of Islands under the International Law of the Sea**. Brill Research Perspectives in the Law of the Sea, 3(1-2), 2021.

SHICUN, Wu. **Solving Disputes for Regional Cooperation and Development in the South China Sea: A Chinese perspective**. Cambridge: Chandos Publishing, 2013.

TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of The Sea**. 2ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

TANAKA, Yoshifumi. **The South China Sea Arbitration: Toward an International Legal Order in the Oceans**. Cambridge: Hart Publishing, 2019.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. **Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)**, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports, 1999.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. **Statement by H.E. judge RÜDIGER WOLFRUM**, President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministries of Foreign Affairs, New York, 2006.

VADE MECUM BRASIL. [S. l.], 2022. Disponível em: <<https://vadecumbrasil.com.br/palavra/opinio-juris>>. Acesso em: 29 abr. 2022

ANEXO A

Mapa topográfico do Mar do Sul da China



FIGURA 1- Mapa topográfico do Mar do Sul da China

Fonte: NATIONS ONLINE. Disponível em: <<https://www.nationsonline.org/oneworld/map/South-China-Sea-political-map.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2022

Nota: Mapa topográfico da região do Mar do Sul da China com as características marítimas relevantes e atores regionais.

ANEXO B

Linha dos nove traços



FIGURA 2- Mapa contendo a linha dos nove traços

Fonte: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em:

<https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf>.

Acesso em: 18 maio 2022

Nota: Mapa anexado à Nota de Oposição chinesa encaminhada a Comissão sobre os Limites da Plataforma Continental, em 07 de maio de 2009, em resposta às submissões de extensão das plataformas continentais do Vietnã e da Malásia.

ANEXO C

Mapa Comparativo CNUDM vs. "linha de nove traços"

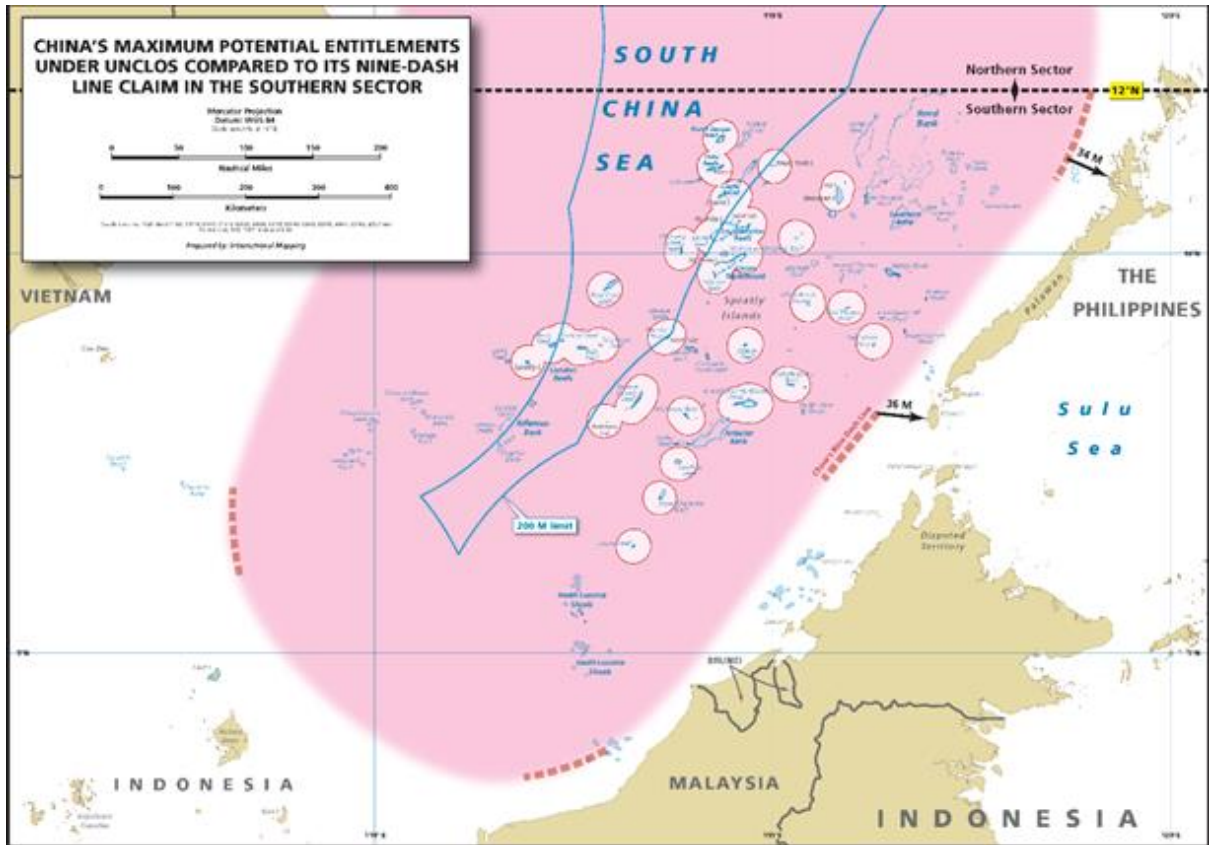


FIGURA 3- Mapa comparativo CNUDM vs. "linha de nove traços"

Fonte: CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. PCA case nº 2013-19: The South China Sea Arbitration Awards (Jurisdiction and Admissibility), Fig. 5, p. 51.

Disponível em: < <https://pcacases.com/web/sendAttach/2579>>. Acesso em: 15 maio 2022

Nota: Mapa anexado à sentença de jurisdição e admissibilidade da Corte Permanente de Arbitragem demonstrando o direito potencial máximo da China, de acordo com o previsto na CNUDM, em comparação com suas reivindicações baseadas na "linha de nove traços".