

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 23 • vol. 89 • abr./jun. 2026

Fundador

ARNOLDO WALD

Coordenador e Editor-chefe

GIOVANNI ETTORE NANNI

Editores adjuntos

PEDRO GUILHARDI E AMANDA BUENO DANTAS

Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

**Revista
dos Tribunais**



TRADUÇÃO DE "ARBITRAGEM COMO UM TERMO DO DIREITO INTERNACIONAL", DE THOMAS W. BALCH, 1920

TRANSLATION OF "ARBITRATION AS A TERM OF INTERNATIONAL LAW", BY THOMAS W. BALCH, 1920

DAVI FERREIRA AVELINO SANTANA (TRAD.)

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador, tendo realizado parte dos estudos na Universidade do Porto e na Pontifícia Universidade Lateranense de Roma. Student Member do Chartered Institute of Arbitrators.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMO: A obra trata de esclarecer zona cinzenta acerca dos conceitos de arbitragem internacional, mediação e bons ofícios por parte de diplomatas, situação que, à época do trabalho original, permeava as disputas encampados pelos Estados, ao lado dos judiciários estatais. Thomas Willing Balch parte dos casos *Alabama Claims* e *Bering Sea Fur Seal Fisheries* para desenvolver seu raciocínio, analisa a evolução do conceito de arbitragem para os lexicógrafos norte-americanos e ingleses do seu tempo, bem como no pensamento de juristas renomados. Na presente tradução, inédita à língua portuguesa, foram mantidas originais as estruturas dos períodos, identificações dos casos e notas de rodapé.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Internacional – Mediação – Direito das Nações – Tribunais Internacionais – Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The original work tries to clarify the gray area about the concepts of international arbitration, mediation and good offices by diplomats, a situation that, at the time of the original work, permeated the disputes taken over by the States, alongside the state judiciaries. Thomas Willing Balch starts from the *Alabama Claims* and *Bering Sea Fur Seal Fisheries* cases to develop his reasoning, analyzes the evolution of the concept of arbitration for the North American and English lexicographers of his time, as well as in the thinking of renowned jurists. In the present translation, unpublished in Portuguese, the structures of the periods, case identifications and footnotes were kept original.

KEYWORDS: International Arbitration – Mediation – Law of Nations – International Courts – United States of America.

ARBITRAGEM COMO UM TERMO DO DIREITO INTERNACIONAL

Thomas Willing Balch¹

Apesar da eclosão da Grande Guerra, envolvendo em suas malhas mais da metade da terra na Terra e a maioria das grandes potências do mundo, bem como muitas pequenas, atualmente (maio de 1915) dez ao todo, ampla evidência pode ser encontrada no desenvolvimento histórico da Arbitragem Internacional, especialmente nos últimos cinquenta anos, como um mecanismo para resolver diferenças entre as nações por meios judiciais, que, graças ao estabelecimento dos Tribunais Internacionais nos casos *Alabama Claims* e *The Bering Sea Fur Seal Fisheries*, assentou como um instrumento precioso para evitar a guerra em muitos casos que estão além do escopo das negociações diplomáticas para resolver. Infelizmente, nos últimos anos, tem surgido uma tendência de confundir a arbitragem internacional com a arbitragem interna para minimizar, ou mesmo negar inteiramente a qualidade judicial da arbitragem como parte integrante do Direito das Nações. Sem dúvida, essa confusão no pensamento daqueles que não estudaram atentamente o desenvolvimento filosófico do Direito das Nações se deve em grande parte à falta de percepção de que a palavra “Arbitragem” passou a ter significados diferentes de acordo com o uso do direito interno, por um lado, e do direito internacional, por outro. Parece, portanto, valer a pena examinar o significado da palavra arbitragem, como foi definida nos dicionários mais antigos da língua inglesa, tanto na Inglaterra quanto na América, juntamente com o significado da palavra mediação. Em seguida, testar o sentido e o significado da palavra arbitragem usada por alguns dos mestres indubitáveis da ciência do Direito das Nações. E, finalmente, comparar os julgamentos proferidos nos Tribunais Internacionais de Genebra e Paris nos casos *Alabama Claims* e *The Bering Sea Fur Seal Fisheries* com algumas decisões proferidas por alguns tribunais judiciais notáveis. Dessa forma, uma opinião justa sobre o que pretendiam os homens que pensaram e desenvolveram a instituição da Arbitragem Internacional poderia ser formada.

Em primeiro lugar, vejamos que significado os lexicógrafos ingleses anteriores atribuíram à palavra “arbitragem” e, em seguida, que sentido os lexicógrafos americanos anteriores deram à mesma palavra.

Na quarta edição do conhecido dicionário de Edward Phillipps, *The New World of Words*, publicado em Londres em 1678 por si próprio, ele apenas diz: “Árbitro

1. L.H.D. Trinity College (Hartford). Member of the Philadelphia Bar. Vice-President of the Historical Society of Pennsylvania.

(Lat.). Um presidente de tribunal arbitral, um comissário, escolhido por consentimento mútuo para decidir controvérsias entre as partes”.

Em sua quinta edição impressa em 1696, ele diz:

“Árbitro (Lat.). Um presidente de tribunal arbitral, um comissário, escolhido por consentimento mútuo para decidir controvérsias entre as partes.

Arbitragem. Uma sentença, determinação ou julgamento que um ou mais fazem a pedido de duas ou mais partes sobre alguma dívida, invasão ou outra controvérsia.”

Na sétima edição, de 1720, muito mais é dado em referência ao assunto geral da arbitragem, como segue²:

“Árbitro. Um arbitrador, um presidente de tribunal arbitral, um soberano para dispor. Ver Arbitrador.

Arbitrage. Ordem ou sentença de um árbitro ou presidente de tribunal arbitral.

Arbitrar. Sentenciar, dar decisão, julgar ou atuar como árbitro.

Arbitragem. Ato de arbitrar, pôr fim a uma diferença por meio de árbitros.

Arbitrador. Um juiz extraordinário escolhido indiferentemente pelo consentimento mútuo de duas partes para decidir qualquer controvérsia entre elas; um *Daysman* ou *Referee*; os civilistas fazem a diferença entre Árbitro e Arbitrador, o primeiro sendo obrigado a proceder de acordo com a lei e a equidade, enquanto este último é deixado inteiramente a seu próprio critério para agir sem solenidade de processo ou curso de julgamento.”

Assim, Phillipps, embora a princípio não defina com muita precisão o que é um árbitro, gradualmente, em suas edições seguintes, inclina-se cada vez mais para a visão de que um árbitro é um juiz e suas decisões são julgamentos. Mais uma vez, Phillipps, em sua quinta edição, fala do arbitramento como sendo um julgamento. Em sua sétima edição, de 1720, a qualidade judicial da arbitragem, usando a palavra em sentido genérico, é muito mais marcante e claramente declarada. Assim, “arbitrar” é dito naquela edição, entre outras definições, como “dar sentença” e “julgar”. E a palavra “árbitro” é definida como significando “um juiz extraordinário”.

No final do século XVIII, Samuel Johnson, que certamente era um homem letrado e possuidor de um conhecimento não pequeno dos significados de sua língua nativa inglesa, corrobora em seu Dicionário com muito mais força e exatidão do que

2. The New World of Words, or Universal English Dictionary, compiled by Edward Phillipps, Gent. Seventh Edition, London, 1720.

seu antecessor Phillipps o caráter judicial da arbitragem. Por exemplo, na quarta edição de seu célebre Dicionário³, publicada em 1773, ele diz:

“Árbitro, *n. f.* (Lat.). 1. Um juiz nomeado pelas partes, a cuja determinação se submetem voluntariamente. 2. Aquele que tem o poder de decisão ou regulamentação; um juiz.

Arbitrar, *v. a.* (árbitro, Lat.). 1. Decidir; determinar. 2. Julgar.

Arbitrar, *v. n.* 1. Dar julgamento.

Arbitragem, *n. f.* (de árbitro, Lat.). 1. A determinação de uma causa por um juiz mutuamente acordado pelas partes em conflito.

Árbitro, *n. f.* (de arbitrar). 1. Um juiz extraordinário de parte a parte, escolhido por consentimento mútuo.

Arbitragem, *n. f.* (de árbitro, Lat.). 1. Decisão; determinação. 2. Compromisso.”

Assim, Johnson fala do árbitro como um “juiz”. Arbitrar, ele define como “decidir” e “julgar”. “Arbitragem”, diz ele, é a resolução de uma questão por “um juiz mutuamente acordado” pelos disputantes. No final, ele define a palavra “arbitragem” igualmente como significando uma decisão e um compromisso, dois termos distintamente opostos. Mas, com exceção desta última definição, que é metade a favor de apoiar a ideia de que o grupo de palavras descrito pelo termo genérico “arbitragem” significa um ajuste de uma disputa com base no dar e receber pelos disputantes, Johnson apoia fortemente a visão de que em seu tempo a palavra “arbitragem” significava a resolução de uma controvérsia por um juiz escolhido pelas partes interessadas para decidir aquele caso específico.

O apoio de Johnson ao significado judicial da palavra arbitragem em seu tempo é ainda atestado por suas definições claras do grupo de palavras que podem ser classificadas sob a palavra genérica “mediação”. Na edição de 1773, Johnson diz:

“Mediar, *v. n.* (de *medius*, Lat.). 1. Interpor-se como um amigo igual para ambas as partes; agir com indiferença entre as partes em conflito; interceder. 2. Estar entre dois.

Mediação, *n. f.* (*mediation*, francês; de *medius*, Lat.). 1. Interposição; intervenção; assistência entre duas partes praticada por um amigo comum. 2. Assistência interposta; poder interveniente. 3. Intercessão; súplica por outro.

Mediador, *n. f.* (*mediateur*, francês.). 1. Aquele que intervém entre duas partes. 2. Um intercessor; um suplicante para outro; aquele que usa sua influência em favor de outro. 3. Um dos personagens de nosso bendito Salvador.”

3. Samuel Johnson, Dictionary of the English Language: fourth edition, revised by the Author, London, 1773.

Assim, a mediação, de acordo com o Dicionário Johnson, significa claramente uma tentativa de ter uma disputa arranjada pelo conselho amigável de um terceiro.

Se nos voltarmos para os lexicógrafos americanos, descobrimos que Noah Webster, na primeira edição de seu conhecido Dicionário⁴, diz:

“Arbitrar, *v.*, ouvir e julgar como árbitro.

Arbitragem, *n.*, referência de uma controvérsia a pessoas escolhidas pelas partes, uma audiência perante árbitros, sentença.

Árbitro, *s. f.*, uma pessoa escolhida por uma parte para decidir uma controvérsia, alguém que tem o direito soberano de julgar e controlar.

Mediar, *v.*, esforçar-se para reconciliar, limitar.

Mediação, *n.*, uma interposição, assistência, súplica.

Mediador, *s. f.*, intercessor, conselheiro amável, gestor.”

Uma comparação dos dois grupos de palavras acima, conforme definido por Webster, deixa claro que, no julgamento de Webster, quando publicou seu primeiro dicionário em 1806, a função de um árbitro era julgar, enquanto a de um mediador era ajustar uma disputa. Ele não diz uma palavra para sugerir que a arbitragem significa um compromisso, mesmo em um grau remoto.

Na edição de 1841 do Webster, muito mais é dito sobre os dois grupos de palavras. Ao falar de um arbitrador ou árbitro e de arbitragem, exceto que duas vezes ele diz que um arbitrador ou árbitro tem o poder de julgar ou decidir “sem controle”, Webster ainda descreve um arbitrador ou árbitro como um juiz escolhido para um determinado caso específico, em outras palavras, um juiz escolhido *ad hoc*. Pois arbitrar, diz ele, em 1841, significa “decidir; determinar; julgar”. Mediação e mediador, bem como suas palavras afins, ele define como sinônimo de reconciliação ou ajuste.

Embora Webster não apoie tão claramente quanto alguns dos lexicógrafos ingleses anteriores o caráter judicial de um árbitro e de arbitragem, Worcester, o outro grande lexicógrafo americano, enfaticamente o faz. Em sua edição de 1846, Worcester⁵ diz:

“Arbitrador, *n.* (Lat.). Aquele nomeado para decidir uma questão em disputa, um árbitro, um juiz.

Arbitrador, *v. a.* Julgador.

4. Noah Webster, *A Compendious Dictionary of the English Language*, New Haven, 1806.

5. Joseph E. Worcester, *Dictionary of the English Language*, Boston, 1846.

Arbitrar, *v. a.* Decidir; dar julgamento.

Arbitragem, Ato de Arbitrar. *n.* Investigação e determinação de uma causa por uma pessoa não oficial, ou por pessoas mutuamente escolhidas pelas partes em conflito; arbitramento.

Arbitragem, Obrigação. *s.* Uma obrigação solene de se submeter a uma sentença.

Árbitro, *n.* Um arbitrador; um juiz. Uma pessoa escolhida pelas partes em disputa para determinar um assunto.

Mediar, *v. n.* (*medius*, Lat.). Interpor-se, como amigo comum, entre duas partes, a interceder; estar entre dois.

Mediar, *a.* (*médiateur*, Fr.). Interveniente; medianeiro; estar entre dois extremos.

Mediação, *s. f.* (Fr.). Ato de mediar; interposição, intervenção, assistência interposta; intercessão.

Mediador, *n.* (*mediator*, Lat.; *médiateur*, Fr.). Aquele que media; intercessor; um dos personagens de nosso bendito Salvador.”

Na definição acima desses dois grupos de palavras, Worcester diz de um árbitro que ele é “um juiz”, e arbitrar é “decidir; julgar”, enquanto um arbitrador ele afirma ser “um juiz”. Nesse grupo, ele não diz nada sobre reconciliação ou qualquer outra coisa que sugira no mais remoto grau compromisso. Mas no grupo de palavras relacionadas à mediação, ele afirma claramente que elas significam reconciliação. Uma comparação dos dois grupos de palavras torna ainda mais claro que, na estimativa de Worcester, um árbitro era um juiz escolhido para a ocasião.

Se nos voltarmos desses dois renomados lexicógrafos americanos para o Dicionário de Direito de John Bouvier⁶, descobriremos que em sua segunda edição de 1843, ele sustenta que um árbitro é um juiz. Bouvier diz:

“Árbitro. Um juiz extraordinário privado escolhido pelas partes que têm uma questão em disputa, investido de poder para decidir. Os árbitros são assim chamados porque geralmente têm um poder arbitrário, não havendo comumente nenhum recurso de suas sentenças, que são chamadas de sentenças arbitrais.”

Quando ele define mediação, no entanto, ele diz que significa compromisso: “Mediação é o ato de algum amigo em comum de duas partes em conflito, que as leva a concordar, comprometer ou resolver suas disputas”.

Assim, ao definir essas duas palavras, Bouvier define nitidamente a diferença entre elas, a saber, que um árbitro deve julgar, enquanto um mediador deve chegar a um acordo por meio de um compromisso.

6. John Bouvier, *A Law Dictionary*, second edition, Philadelphia, 1843.

Na edição de 1894 desta mesma obra⁷, há esta definição: “Árbitro. Na prática. Juiz extraordinário privado, a cuja decisão são remetidas as questões controvertidas por consentimento das partes”.

Na definição acima, o caráter judicial de um árbitro é claramente mantido.

Na edição de 1914, editada por Francis Rawle⁸, encontramos: Árbitro. Uma pessoa obrigada a decidir de acordo com as regras do direito e da equidade, distinta de um arbitrador, que pode proceder inteiramente a seu próprio critério, de modo que seja de acordo com o julgamento de um homem sã.

Em seguida, a seguinte declaração esclarecedora é feita imediatamente: “Esta distinção entre árbitros e arbitradores não é observada no direito moderno”.

Continuando a definir a palavra árbitro, a edição de 1914 de Bouvier diz: “Um nomeado pelo pretor romano para decidir pela equidade do caso, distinto do *judex*, que seguia a lei. Um escolhido pelas partes para decidir a disputa; um arbitrador”.

Nesta última edição de Bouvier, nada é dito sobre um árbitro ser um reconciliador.

Após esta revisão de algumas das principais autoridades no significado das palavras em inglês, fica evidente que as palavras árbitro e arbitragem, quando usadas como termos do direito interno no passado, significavam algo diferente das juntas de arbitragem que, constituídas hoje sob as leis nacionais para decidir entre corporações e seus funcionários, muitas vezes concordam em reconhecer a maioria das demandas destes últimos, independentemente de qualquer justiça ou equidade aplicável à controvérsia. De modo que, à luz dos mestres do significado das palavras inglesas, é evidente que as palavras árbitro e arbitragem, como frequentemente usadas hoje na prática em nossas relações, mudaram tão amplamente seus significados de meio século ou mais desde então, que nos assuntos internos de hoje um árbitro perdeu, em muitos casos, quase inteiramente o caráter judicial que foi designado pela mesma palavra no meio do século passado e antes dessa época. No entanto, o significado que muitas vezes se atribui hoje no direito interno às palavras árbitro e arbitragem não altera o fato de que, de acordo com os melhores lexicógrafos ingleses e americanos, essas palavras no passado significavam que um árbitro era um juiz temporário e não um reconciliador, e que quando um árbitro era nomeado para ouvir uma causa de divergência entre duas partes, ele deveria decidir o caso como juiz e não tentar organizá-lo por meio de um compromisso.

7. John Bouvier, A Law Dictionary, Philadelphia, 1894.

8. John Bouvier, Law Dictionary and Concise Encyclopedia, third revision, eighth edition, edited by Francis Rawle, Kansas City and St. Paval, 1914.

Todos esses lexicógrafos, no entanto, quando definiram as palavras árbitro, arbitrador, arbitragem e palavras afins, não tinham em mente especificamente o Direito das Nações. Consequentemente, para encontrar com mais autoridade o significado dessas palavras como termos do Direito das Nações, será necessário examinar o que alguns dos principais publicistas entenderam pela palavra arbitragem e palavras afins quando usadas como termos do Direito Internacional. O valor das opiniões de publicistas bem conhecidos sobre o que é o Direito das Nações foi atestado por eminentes juízes assentados nas mais altas cortes do mundo. Assim, Sir William Scott, depois de tutelado Lord Stowell, assentado em 1799 no Supremo Tribunal do Almirantado da Inglaterra sobre o caso *Maria*⁹, confiou no publicista suíço, Vattel, “não como um advogado meramente emitindo uma opinião, mas como uma testemunha afirmando o fato de que tal é a prática existente na Europa moderna”. E em 1900, no caso *Paquete Habana*¹⁰, o juiz Gray, da Suprema Corte dos Estados Unidos, disse sobre o Direito das Nações e os tratados sobre esse direito:

“O Direito Internacional faz parte do nosso Direito e deve ser apurado e administrado pelos tribunais de justiça de jurisdição apropriada, sempre que as questões de direito que dependem dele são devidamente apresentadas para sua determinação. Para esse fim, onde não houver tratado e nenhum ato executivo ou legislativo de controle ou decisões judiciais, deve-se recorrer aos costumes e usos das nações civilizadas; e, como prova disso, às obras de juristas e comentaristas, que por anos de trabalho, pesquisa e experiência, se familiarizaram peculiarmente bem com os assuntos de que tratam. Tais obras são utilizadas pelos tribunais judiciais, não para as especulações de seus autores sobre o que o Direito deveria ser, mas para evidências confiáveis do que o Direito realmente é.”

Entre esses publicistas e juristas, primeiro vamos nos voltar para o tratado do Barão Puffendorf, *Da Lei da Natureza e das Nações*¹¹, publicado originalmente em 1672. Ao discutir os meios, além da guerra, de resolver as diferenças que surgem, ele se refere à arbitragem, depois que outros modos de acordo falharam, nestas palavras: “A única coisa que eles [os disputantes] podem fazer é lançarem-se sobre um árbitro e cada um se comprometer a cumprir sua sentença”.

Falando das qualificações necessárias para um árbitro imparcial, Puffendorf diz que ninguém deve ser escolhido para tal posição quando tenha uma razão para

9. (1799) 1 Christopher Robinson, pages 340, 364.

10. (1900) 175 United States Supreme Court Reports 677, 700.

11. Samuel Puffendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, Oxford, 1710.

que um lado ou outro vença. Então, sobre a maneira como o árbitro deve julgar, Puffendorf diz¹²:

“Agora, embora as partes em conflito pactuem com o arbitro sobre assumir seu cargo (pois assim como nenhuma arbitragem pode ser exercida sem o consentimento das partes, ninguém pode ser forçado a ser árbitro contra seu próprio consentimento), no entanto, não é pela força desse pacto que ele se torna obrigado a julgar de acordo com o que ele acha que é agradável às leis de consciência e equidade, ou a elas para cumprir sua sentença. Pois a lei da natureza, que não pode receber nenhuma execução de qualquer pacto, obriga-o a julgar de acordo com a justiça; e eles são obrigados a se submeter, sem qualquer reserva, à sua determinação, porque, caso contrário, o projeto de ir a um árbitro seria frustrado e não haveria fim para tais recursos.”

Depois de discutir a questão de saber se um árbitro deve julgar de acordo com a lei ou se deve mitigar sua severidade, Puffendorf diz¹³:

“Se for duvidoso sob qual dessas duas qualificações o árbitro é escolhido, ele deve supor que está vinculado a essas regras, que um juiz seria obrigado a seguir; pois é por falta de um juiz e judicatura que ele é chamado. E, em um caso duvidoso, devemos tomar o lado que é mais claro. Além disso, um Árbitro não pode agir tão facilmente injustamente, se tiver um limite, como se tivesse um Poder absoluto delegado a ele.”

Em seguida, Puffendorf faz uma referência à mediação e aos deveres de um mediador com estas palavras: “De fato, persuadir uma mitigação do rigor da lei é da conta deles que voluntariamente, sem entrar em nenhum compromisso, se inter põem, como amigos comuns, entre as partes em conflito”.

Então, quanto ao tipo de lei que os julgadores devem usar para julgar, ele diz:

“Agora, como aquele que julga entre súditos julga de acordo com as leis nacionais daquele lugar, assim aquele que julga entre aqueles que não reconhecem leis internas comuns, deve julgar de acordo com a lei da natureza; a menos que as partes submetam a causa às leis positivas de algum Estado particular.”

Muitas vezes Puffendorf fala do “julgamento” de um árbitro. Ele também diz:

“Os árbitros têm em comum com os juízes que, no exame de questões de fato, eles devem se mostrar iguais à mera observação de cada parte, ou seja, quando se

12. S. Puffendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, Oxford, 1710, page 435.

13. *Id.*, page 436.

contradizem, não acreditar em nenhuma das duas. Mas quando ações, argumentos e instrumentos inegáveis não podem ser produzidos, eles devem então julgar de acordo com o depoimento das testemunhas.”

No mesmo capítulo em que trata dos árbitros e da arbitragem, Puffendorf também fala de mediadores, que ele diferencia claramente dos árbitros da seguinte forma: “Mas os mediadores, que se interpõem entre nações em conflito, preparando-se ou realmente engajadas na guerra, e se esforçam, por sua autoridade e seus argumentos e súplicas, para levá-los a termos de acomodação não são propriamente árbitros”.

Assim, na concepção de Puffendorf, se as nações em conflito apelassem para um árbitro, esse árbitro deveria julgar entre elas, enquanto um mediador deveria reconciliá-las por mais ou menos um compromisso.

O suíço Emerich de Vattel, na segunda metade do século XVIII, diz¹⁴:

“O mediador deve observar uma imparcialidade exata; ele deve suavizar as censuras, acalmar os ressentimentos e atrair as mentes umas para as outras. Seu dever é favorecer o que é certo e fazer com que seja restaurado o que pertence a cada um; mas ele não deve insistir escrupulosamente na justiça rigorosa. Ele é um moderador, e não um juiz: seu negócio é obter a paz; e trazer aquele que tem o direito ao seu lado, se for necessário, para relativizar algo com vistas a um benefício maior. [...] Quando os soberanos não conseguem concordar sobre suas pretensões e, ainda assim, desejam manter ou restaurar a paz, às vezes confiam a decisão de suas disputas a árbitros escolhidos de comum acordo. Assim que o *compromis* (acordo) for concluído, as partes devem se submeter à sentença dos árbitros; eles se comprometeram a fazer isso, e a fé dos tratados deve ser considerada.”

O alemão J. B. Klüber, escrevendo no início do século XIX, diz¹⁵:

“Se a pessoa que foi escolhida [árbitro] aceitar, ela tem o direito, após uma discussão e um exame suficiente das razões pró e contra, de pronunciar a sentença arbitral (*laudum*) que ele acredita estar em conformidade com os princípios do Direito das Nações.”

Isso é o que Lord Stowell, por exemplo, tentou fazer nos famosos julgamentos que proferiu quando se sentou na Supremo Tribunal do Almirantado da Inglaterra.

14. Emerich de Vattel, *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature*, Dublin, 1787, pages 415-416.

15. J. B. Klüber, *Droit des Gens Moderne de L'Europe*: Paris, Sec. 318, page 457.

Era seu objetivo, disse ele, no caso *Maria*¹⁶, onde navios suecos estavam envolvidos, não esquecer que, embora a sede de sua corte fosse local, o Direito das Nações que ele deveria aplicar em sua corte era mundial em sua aplicação e tão obrigatória para uma nação quanto para outra. No entanto, como todos os juízes estatais assentados nesses casos, seus julgamentos a longo prazo foram influenciados, sem dúvida, em algum grau, pelas necessidades de seu próprio país de prosseguir com sucesso a guerra em que estava envolvido.

Em nossos próprios tempos, como resultado do ímpeto adicional dado ao desenvolvimento da justiça internacional como meio de evitar a guerra pela apresentação bem-sucedida dos *Alabama Claims* para julgamento ao Tribunal de Genebra, vários publicistas internacionais ilustres representando o melhor aprendizado de muitas nações no Direito das Nações, podem ser mencionados, que de uma forma ou de outra expressaram seu entendimento do que se entende por Arbitragem como um termo do Direito Internacional.

Assim, o belga Gustave Rolin-Jaequemyns, o criador e um dos fundadores, em 1873, do *Institut de Droit International*, expressou clara e vigorosamente sua opinião sobre esse ponto. Escrevendo em 1891 na *Revue de Droit International*, da qual foi um dos três fundadores e também editor-chefe por muitos anos, ele discute o acordo entre a França e a Holanda em 1888, que essas duas nações modificaram dois anos depois, para submeter ao imperador da Rússia como árbitro sua diferença sobre a linha de fronteira entre a Guiana Francesa e a Guiana Holandesa. Na convenção alterada em 1890, estava previsto que o árbitro “caso não chegasse, após exame, a designar como fronteira um dos dois rios mencionados na convenção de 1888, acabaria sendo autorizado, para uma solução intermediária, a adotar e decidir sobre outra fronteira que passaria pelo território contestado”. Este novo acordo, pelo qual o árbitro foi investido de autoridade, caso não pudesse decidir a favor da fronteira reivindicada por uma ou outra das duas potências, para impor às duas nações um compromisso, foi severamente criticado nos Estados Gerais dos Países Baixos, porque após uma arbitragem exigindo do julgador uma decisão baseada nas evidências e no direito, enxertou-se uma mediação.

Depois de salientar que dois Estados poderiam, se quisessem, enxertar os poderes de um árbitro internacional atuando como juiz nos de um mediador, isto conhecido como um *aimable compositeur*, Rolin-Jaequemyns prosseguiu:

“Existe um Direito Internacional. Este Direito surge de convenções ou de princípios gerais aceitos pelas nações civilizadas. O objetivo essencial do recurso à

16. (1799) 1 Christopher Robinson, pages 340, 350.

Como citar este artigo | *How to cite this article*: SANTANA, Davi Ferreira Avelino (Trad.). Tradução de “Arbitragem como um termo do Direito Internacional”, de Thomas W. Balch, 1920. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, São Paulo: Ed. RT, v. 89, ano 23, p. 259-292, abr./jun. 2026.

arbitragem entre Estados não é criar esse Direito, mas fazer com que seja buscado e decidido por um juiz provisório voluntariamente escolhido – por falta de jurisdição permanente e obrigatória – de que maneira o Direito Internacional é aplicável a um determinado caso, que é a causa de um desacordo entre as partes. Os Estados que aceitam a arbitragem reconhecem por isso mesmo (e é isso que dá a esse procedimento um valor tão grande) que sua diferença é suscetível de ser resolvida pelas regras do Direito Internacional, sejam elas gerais ou convencionais. É falsificar essa ideia e comprometer sua aplicação, admitir de antemão no próprio acordo (*compromis*), a eventualidade de uma solução ditada, não pelo Direito, mas por uma apreciação arbitrária das conveniências de cada parte.”

Em vista da opinião expressa acima, especialmente a última frase, é evidente que, na opinião do fundador do *Institut de Droit International*, pelos termos Tribunais Internacionais de Arbitragem e Árbitros Internacionais, entende-se tribunais internacionais e julgadores internacionais escolhidos para funcionar temporariamente de modo a julgar à luz do Direito das Nações sobre algum caso designado de diferença entre duas ou mais Nações, assim como os tribunais judiciais e os juízes estatais julgam à luz do direito interno casos de diferença entre cidadãos individuais ou corporações. Existe, no entanto, essa diferença entre essas duas classes de jurisdição. Os Tribunais Internacionais de Arbitragem e os Árbitros Internacionais são nomeados *ad hoc* para julgar casos particularmente designados, enquanto os tribunais judiciais e os juízes estatais são nomeados com poder contínuo no exercício de uma jurisdição compulsória, para julgar todos os casos que possam ser apresentados a eles. Mas em ambas as classes de jurisdição, tanto na internacional quanto na interna, os tribunais devem decidir de acordo com a lei aplicável; no primeiro caso de acordo com o Direito das Nações, e no outro de acordo com o direito interno.

Três anos depois, Louis Renault, o principal consultor especialista sobre o Direito das Nações do Ministério das Relações Exteriores da França, ao comentar sobre o caso *Bering Sea Fur Seal*, expressou sua concepção da natureza da arbitragem internacional¹⁷. Ele diz:

“A missão normal dos árbitros, sejam eles nomeados por governos ou por particulares, é decidir uma diferença, resolver uma questão de direito ou fato sobre a qual as partes estão em desacordo. Os árbitros devem encontrar, a partir dos documentos produzidos, quem está errado ou quem está certo; eles pronunciam um verdadeiro julgamento.”

-
17. Louis Renault, Une nouvelle mission donnée aux arbitres dans les litiges internationaux a propos de l'Arbitrage de Behring, *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1894, p. 44-51.

Em seguida, comentando a conclusão tornada pública em 10 de janeiro de 1831 pelo rei da Holanda quanto à fronteira anglo-americana que havia sido encaminhada a ele para decidir como árbitro, Renault diz: “Não foi realmente uma sentença; o árbitro não cumpriu sua missão que era julgar e fez o que não lhe foi pedido; na verdade, ele havia assumido o papel de mediador espontâneo, propondo uma solução amigável da diferença”.

Em seguida, discutindo uma questão fronteira entre a Grã-Bretanha e Portugal, caso em que as nações contendoras concordaram, caso o árbitro, o presidente da República Francesa, não pudesse decidir inteiramente a favor da alegação de uma ou outra nação, que ele deveria ter o direito então “de dar tal decisão que, em sua opinião, ofereceria uma solução equitativa para a dificuldade”, Renault, depois de observar que este não era um caso estrito de mediação, uma vez que a sentença do árbitro deveria ser aceita por ambas as partes, qualquer que fosse¹⁸, continuou dizendo¹⁹: “Assim, os dois Estados, prevendo que sua diferença talvez não pudesse ser resolvida por uma decisão jurídica, e desejando, no entanto, resolvê-la, deram ao árbitro um poder especial que ultrapassava os limites ordinários da competência de um juiz”.

Então, novamente, depois de discutir o caso *Bering Sea* e os poderes concedidos pelas duas nações litigantes ao Tribunal Internacional de Arbitragem, que se reuniu em 1893 em Paris no julgamento desse caso, Renault diz²⁰:

“Duas pessoas podem ter todos os motivos para chegar a um acordo para formar uma parceria, por exemplo, ou para fazer uma troca; se não o fizerem, apenas farão uso de sua liberdade natural, e não se pode dizer que haja litígio entre eles. Caso, no entanto, eles estejam ansiosos para chegar a um entendimento e nomeiem um terceiro para definir as condições que lhe pareceriam equitativas para um acordo, seria errado chamar esse terceiro de árbitro, uma vez que sua missão não é de forma alguma a de um juiz.”

E então, em uma nota de rodapé da passagem que acabamos de citar, o erudito publicista francês diz ainda: “Sei perfeitamente que a arbitragem nos assuntos industriais é entendida nesse sentido, mas é usada de maneira inexacta”.

Esses extratos de Renault deixam claro que ele considerava, na época em que escreveu, que um árbitro internacional é um juiz e não um reconciliador.

18. Protocol of September 25, 1872; de Clercq, *Recueil des traités de la France*, V, XI, p. 39.

19. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1894, p. 45.

20. *Idem*, p. 50.

Em uma carta impressa no *London Times*, em 6 de janeiro de 1896, propondo uma solução pacífica para a crise anglo-venezuelana, John Westlake, então titular da cátedra Whewell de Direito Internacional na Universidade de Cambridge, escreveu:

“É a arbitragem, com uma restrição a ser mencionada atualmente, combinada com a mediação. Um árbitro só pode pronunciar uma sentença; ele não pode fazer uma recomendação como um mediador. Quando a Inglaterra e os Estados Unidos submeteram a fronteira entre o Canadá e o Maine à arbitragem do rei dos Países Baixos, esse Soberano não julgou as respectivas linhas propostas pelas partes, mas propôs uma intermediária como um compromisso, que os Estados Unidos não eram obrigados a aceitar e não aceitaram. Agora, no presente caso, é mais do que provável que um árbitro encontrasse fundamentos legais suficientes para descartar as reivindicações máximas de ambas as partes, mesmo que não fosse impedido de considerá-las pela restrição que será sugerida. Mas também é provável que, para alguma parte da região intermediária, ele não consiga encontrar nenhum fundamento legal para a decisão, e que tudo o que pudesse fazer fosse propor uma linha própria. Então, se as partes o tivessem aceitado desde o início no caráter de mediador e também de árbitro, elas não seriam de fato obrigadas a aceitar uma linha que ele não declarou ser de obrigação legal, mas sua proposta, feita como seria depois de ouvir tudo o que poderia ser dito sobre esse ramo do assunto, teria tanto peso que nenhuma parte desejosa de paz se recusaria a aceitá-la.”

Westlake, em seu tratado de Direito Internacional, ao contrastar a arbitragem com a mediação, diz sobre a primeira dessas duas funções²¹:

“O ponto essencial é que os árbitros são obrigados a decidir a diferença – isto é, pronunciar a sentença sobre a questão do direito. Propor um compromisso, ou recomendar o que eles acham melhor a ser feito, no sentido em que o melhor se distingue do mais justo, não está dentro de sua seara, mas é a seara de um mediador.”

No início do mesmo trabalho, ao comentar sobre a divisão geral entre as diferenças que surgem entre as nações que parecem capazes de ser decididas por cortes internacionais com base em fundamentos legais e aquelas que, devido aos grandes interesses políticos envolvidos para as nações envolvidas, aparentemente não podem ser resolvidas, Westlake também diz²²:

21. John Westlake, *International Law*, London (2nd ed.), Part I, p. 354.

22. John Westlake, *International Law*, London (2nd ed.), Part I, p. 305.

“Essa distinção não é ‘*eo nomine*’ de antiga posição no tratamento teórico do Direito Internacional. Tem sido destacada sob a nomenclatura de legal ou jurídica e política pelas discussões e negociações sobre arbitragem, que é essencialmente um processo jurídico.”

A partir das três passagens citadas acima, é muito evidente que Westlake considerou que os Tribunais Internacionais de Arbitragem não têm o direito de organizar os casos que são chamados a decidir por um acordo de compromisso, sendo esse atributo a função adequada da mediação. Pelo contrário, a julgar pelos excertos citados acima, Westlake evidentemente considerou que os árbitros internacionais e os Tribunais Internacionais de Arbitragem, ao passar por diferenças entre as nações, deveriam decidir sobre os fundamentos legais.

Os delegados da Rússia, entre eles Friedrich Martens, à Primeira Conferência de Paz da Haia, em 1899, dirigiram memorandos aos representantes das outras vinte e cinco potências que participaram dessa reunião das nações, nos quais foram discutidos os méritos e a distinção entre mediação e arbitragem. No primeiro memorando, os russos apontaram que a diferença entre bons ofícios e mediação era mais teórica do que real, e também que “a mediação não impugna de forma alguma o princípio da soberania, liberdade e independência” dos Estados. Em um segundo memorando, os delegados russos notaram a diferença entre arbitragem voluntária e obrigatória e apontaram que “é difícil conceber uma diferença de natureza jurídica, surgida no âmbito do Direito Internacional, que não possa, como resultado de um acordo entre as partes, ser resolvida por meio de arbitragem voluntária”. No que diz respeito à arbitragem obrigatória, o relatório russo salientou muito sabiamente que ela não pode ser aplicada a todo tipo de litígios. Diz ele:

“Não há governo que consentiria em aceitar de antemão a obrigação de submeter à decisão do Tribunal de Arbitragem toda diferença que pudesse surgir no domínio das relações internacionais se afetasse a honra nacional do Estado, seus mais altos interesses e sua riqueza imprescritível. Na verdade, os direitos e obrigações recíprocos dos Estados são determinados, em medida notável, pelo consenso geral dos chamados tratados políticos, que nada mais são do que a expressão temporária de relações fortuitas e transitórias entre as diferentes forças nacionais. Esses tratados vinculam a liberdade de ação das partes enquanto as condições políticas que os produziram permanecerem inalteradas. Quando essas condições mudam, os direitos e obrigações resultantes desses tratados necessariamente mudam também. Como proposição geral, os conflitos que surgem sobre tratados políticos giram, na maioria dos casos, não tanto sobre uma diferença na interpretação de tal ou qual regra, mas sobre a mudança a ser feita nas disposições do tratado ou sua completa revogação. Consequentemente, as potências que participam

ativamente da vida política da Europa não podem submeter as divergências decorrentes dos tratados políticos a um Tribunal de Arbitragem, aos olhos do qual o que é estabelecido pelo tratado seria tão vinculativo e inviolável quanto o que é estabelecido pelo direito positivo é aos olhos de um Tribunal de Justiça nacional.”

Assim, no relatório apresentado pelos delegados russos aos representantes das outras nações que eram partes da Primeira Conferência da Haia, afirma-se que um Tribunal Internacional de Arbitragem, do mesmo modo que um tribunal judicial estatal, está, ao proferir seu julgamento, vinculado pelo direito; no primeiro caso pelo Direito das Nações, e no outro pelo direito interno do país onde o tribunal judicial tem sua sede.

Por último, mas não menos importante, o erudito jurista americano John Bassett Moore, falando de mediação e arbitragem, diz²³:

“Esses métodos são frequentemente discutidos como se fossem praticamente os mesmos, mas na realidade são fundamentalmente diferentes. A mediação é uma função consultiva, a arbitragem uma função judicial. A mediação recomenda, a arbitragem decide. Embora as nações possam, por esse motivo, aceitar a mediação em vários casos em que podem não estar dispostas – ou relutantes – em arbitrar, também é verdade que muitas vezes resolvem por arbitragem questões que a mediação não poderia ter ajustado.”

É, por exemplo, dificilmente concebível que a questão das reivindicações do Alabama pudesse ter sido resolvida por mediação. A mesma coisa pode ser dita de muitos e, de fato, da maioria do grande número de disputas de fronteiras que foram resolvidas por arbitragem. A importância da mediação como forma de negociação amigável não deve ser minimizada. No entanto, a mediação é apenas uma função diplomática e não oferece nada de novo.

A arbitragem, ao contrário, representa um princípio ainda apenas ocasionalmente aplicado, a saber, a aplicação da lei e dos métodos judiciais à determinação de disputas entre nações. Seu objetivo é deslocar a guerra entre nações como meio de obter reparação nacional, através dos julgamentos de tribunais internacionais; assim como a guerra privada entre indivíduos, como meio de obter reparação pessoal, foi, em consequência do desenvolvimento da lei e da ordem nos Estados civilizados, suplantada pelos processos nos tribunais judiciais. Ao discutir o assunto da arbitragem, devemos, portanto, excluir da consideração - exceto como meio para esse fim - a mediação, os bons ofícios ou outras formas de negociação.

23. John Bassett Moore, *International Law Digest*, Washington, 1906, Volume VII., page 25.

Como citar este artigo | *How to cite this article*: SANTANA, Davi Ferreira Avelino (Trad.). Tradução de "Arbitragem como um termo do Direito Internacional", de Thomas W. Balch, 1920. *Revista de Arbitragem e Mediação - RARB*, São Paulo: Ed. RT, v. 89, ano 23, p. 259-292, abr./jun. 2026.

É bastante evidente, a partir da revisão anterior de alguns dos principais dicionários, bem como dos escritos de alguns dos principais publicistas, que a palavra arbitragem em assuntos internos mudou muito seu significado e se afastou do uso da palavra como um termo do Direito Internacional. E, a esse respeito, será útil notar como o significado de outra palavra mudou com o passar dos anos.

Assim, a palavra Estado, usada na Confederação Norte-Americana entre 1781 e 1789, e desde a adoção da Constituição, mudou seu significado. Quando aplicada aos treze Estados originais da Confederação antes de 1789, a palavra Estado significava um membro da família das Nações, um Estado soberano, pois originalmente os treze Estados constituíam uma Confederação composta por treze Estados-membros. Hoje, no entanto, a palavra Estado aplicada aos quarenta e oito membros da União Federal não significa a mesma coisa que nos tempos da Confederação. Pois nem a Pensilvânia, nem Nova Iorque, nem qualquer outro dos quarenta e oito Estados que compõem os Estados Unidos da América hoje é membro da família das Nações, como a França é um Estado e membro da família das Nações. Esses quarenta e oito Estados juntos formam não quarenta e oito nações, mas apenas uma única nação. Mas a mudança no significado da palavra Estado no desenvolvimento e evolução históricos pelos quais a Confederação original de treze Estados se tornou a única nação de hoje conhecida como Estados Unidos da América, não altera o fato histórico de que, originalmente, aplicada aos treze Estados, a palavra Estado significava treze membros separados e distintos da família das Nações, enquanto hoje a mesma palavra significa as várias unidades da União Norte-Americana, isto é, as partes componentes de apenas um único membro da família das Nações.

Ultimamente, tem-se insistido que um árbitro internacional não está vinculado à lei, assim como um juiz, assentado em um tribunal judicial estatal, estaria vinculado à lei. Em outras palavras, que um árbitro internacional pode exercer, ao chegar à sua conclusão no caso que lhe é submetido para ser resolvido, suas próprias ideias do que seria um julgamento justo, e assim é possível que tente resolver o caso por um compromisso²⁴ que agradará em parte a ambos os lados da disputa; enquanto, ao contrário, um juiz, assentado em seu tribunal, não pode permitir que seus próprios sentimentos pessoais de justiça influenciem seu julgamento, mas deve basear rigorosamente sua conclusão na lei aplicável ao caso diante de si. Como resultado do raciocínio acima, é sustentado por alguns escritores e profissionais que um árbitro internacional tende a se tornar um reconciliador, ou seja, um mediador, um *compositeur aimable*, em contraste com

24. It is well to remember that the French word *compromis* does not mean compromise but agreement. *Compromis* is often wrongly translated into English by those who do not know better by the word compromise instead of by the word agreement.

o juiz estatal, que sempre dá uma decisão judicial baseada no raciocínio jurídico.

Que os juízes dos tribunais estatais, mesmo os mais eruditos e ilustres que já se sentaram nos mais altos tribunais do mundo, nunca permitissem que suas próprias ideias ou consciências os influenciassem para chegar a suas opiniões sobre o que mais se aproxima da justiça em cada caso particular, é, no entanto, um absurdo de afirmação, que mesmo um exame superficial dos casos a refuta.

Tomemos, por exemplo, o surgimento e o desenvolvimento da regra de Direito das Nações de que a jurisdição dos tribunais das nações possuidoras de uma frente marítima em mar aberto se estende até a distância de uma légua marítima, ou três milhas, da maré baixa. Foi durante uma missão-embaixada enviada pelas Províncias Unidas dos Países Baixos ao rei inglês James I, em 1610, que a ideia de limitar a soberania exclusiva de um Estado marítimo à distância de um tiro de canhão de sua costa foi apresentada publicamente pela primeira vez. Esse desenvolvimento foi um incidente na longa batalha entre ingleses e holandeses pelo direito à pesca, que estes últimos alegavam exercer, e exerceram, no mar entre a Inglaterra e o continente. “Nenhum príncipe”, disseram os enviados holandeses aos representantes ingleses, “pode desafiar mais no mar do que pode comandar com um canhão, exceto Gilfles dentro de seu território de um ponto a outro”²⁵. Embora a ideia de colocar um limite na jurisdição marítima exclusiva de um Estado sem dúvida tenha ocorrido antes, parece, então, pela primeira vez ter tomado forma concreta no limite de tiros de canhão.

Talvez tenha se originado no cérebro fértil de Grotius, embora ele não fosse membro da missão-embaixada. Pois em uma obra que escreveu em 1618, publicada em Paris em 1640, Grotius se refere a esse princípio de que o tiro de canhão foi incitado aos ingleses²⁶. Mais tarde, a ideia de que um limite razoável deveria ser colocado sobre o poder de um Estado marítimo de controlar a costa marítima adjacente à sua linha costeira foi defendida por outro publicista holandês, pouco menos renomado que Grotius, Cornelius van Bynkershoek. Em seguida, a ideia foi lentamente aceita favoravelmente, com distâncias variadas, por vários juristas, tanto publicistas quanto juízes. O limite de três milhas, como o equivalente ao tiro de canhão da costa, foi apresentado pela primeira vez por um governo, aparentemente, através de uma nota que Thomas Jefferson, Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, escreveu em

25. Thomas Wemyes Fulton, *The Sovereignty of the Sea*, Edinbxirgh, 1911, page 156.

26. *Apologeticus eorum qui Holandiae Westfrisiaeque et vicinis quibusdam nationibus ex legibus praejuerunt ante mutilationem quae evenit anno 1618*. Scriptus ab Hugone Grotio, I. C; Paris, 1640, page 383.

8 de novembro de 1793, a M. Genêt, enviado francês²⁷. O limite de três milhas recebeu um grande impulso a partir das decisões de Sir William Scott, mais tarde Lord Stowell, assentado no Supremo Tribunal do Almirantado da Inglaterra.

Em seus julgamentos nos dois casos *Twee Gehroeders*²⁸, bem como no caso *Anna*²⁹, sancionou a maior potência marítima do mundo ao limite de três milhas do mar territorial e introduziu tal limite na lei inglesa. No primeiro caso *Twee Gehroeders*, o navio foi levado em 14 de agosto de 1799, em uma viagem de Emden a Amsterdã, cujo último local estava sob bloqueio. Ele foi capturado no Groningen Wat, perto da costa da Frísia Oriental. O governo prussiano sugeriu que o navio foi capturado dentro da proteção do território prussiano. Ao considerar a extensão da jurisdição prussiana sobre o mar adjacente à sua costa, Sir William Scott³⁰ disse, em 1800:

“Ele se encontrava na parte oriental do rio Ems, dentro do que acho que pode ser considerado uma distância de três milhas, no máximo, da Frísia Oriental; uma medição exata não pode ser facilmente obtida; mas em um caso dessa natureza, em que o Tribunal não agiria de bom grado desfavoravelmente em relação a um Estado neutro, estará disposto a calcular a distância com muita liberalidade; e mais especialmente, como o local em questão é um banco de areia coberto de água apenas no fluxo da maré, porém imediatamente conectada com a terra da Frísia Oriental, quando seca, pode ser considerada como fazendo parte dela. Sou de opinião que o navio estava dentro desses limites, nos quais todas as operações hostis são proibidas pelo Direito das Nações de serem exercidas.”

O segundo caso *Twee Gebroeders*, decidido em 1801, surgiu com a captura de vários navios com destino de Hamburgo a Amsterdã, cujo último porto estava bloqueado. Na decisão, Sir William Scott³¹ sustentou: “No mar, fora do alcance do tiro de canhão, presume-se o uso universal”.

No caso *Anna*, navio capturado na foz do rio Mississippi e decidido em 1805, quando a mesma autoridade erudita sustentou que o mar territorial deveria ser medido, não do continente, mas de algumas ilhas baixas ou bancos de areia na foz do rio, Sir William Scott citou uma das famosas máximas de Bynkershoek e a traduziu

27. American State Papers: Foreign Relations, Washington, 1832, Volume I, page 183.

28. *Twee Gehroeders*, Alberts master (1800) 3 Christopher Robinson, page 162, and *Twee Gehroeders*, Northolt master (1801) *id.*, page 336.

29. *The Anna* (1805) 5 Christopher Robinson 373.

30. *Twee Gehroeders*, Alberts master (1800) 3 Christopher Robinson 162, at page 163.

31. 3 Christopher Robinson 336, at page 339.

em três milhas da costa. Ele disse³²: “Todos nós sabemos que o império da lei sobre este assunto é ‘*terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis*’, e desde a introdução das armas de fogo, essa distância tem sido geralmente reconhecida como sendo de cerca de três milhas da costa”.

Quando Sir William Scott deu essas decisões, não havia uma regra fixa e rígida de Direito das Nações que o obrigasse a decidir como ele fez. Pelo contrário, ele exerceu suas próprias ideias, chegando a suas decisões sobre o que seria mais justo nesses casos. Ao dar esses três julgamentos, ele não foi governado por uma regra do Direito das Nações reconhecida por todas as Nações, mas, ao contrário, ele deu a interpretação inglesa sobre esse ponto, e assim ajudou a desenvolver a o Direito das Nações. O limite de três milhas passou a ser reconhecido na maior parte do mundo cada vez mais como a extensão do mar territorial. Havia exceções a ele há um século, como há exceções a ele hoje. Mas no ano de 1876 ganhou o apoio da grande maioria dos publicistas e o apoio de muitos governos através de atos por parte de seus altos funcionários, de uma forma ou de outra, incluindo o governo da Inglaterra, conforme expresso nos julgamentos de Lord Stowell no Supremo Tribunal do Almirantado. Dessa forma, no ano de 1876, ocorreu o caso *Queen v. Keyn*, mais conhecido como caso *Franconia*. Esse caso girava em torno de saber se a jurisdição dos tribunais ingleses se estendia sobre o mar territorial. Resumidamente, o caso foi o seguinte: *Franconia*, um navio alemão com destino de Hamburgo a St. Thomas, colidiu, a menos de três milhas da costa britânica, perto de Dover, com o *Strathclyde*, um navio britânico, resultando na morte de uma mulher, súdita britânica, que estava a bordo do navio britânico. A questão crucial no caso, quando foi apresentado em apelação ao Tribunal Criminal Central, era se esse tribunal tinha jurisdição para julgar Keyn, um estrangeiro, que era o capitão do *Franconia*. Por maioria de sete juízes contra seis, o Tribunal da Divisão do Tesouro reverteu a conclusão do tribunal inferior e considerou que o prisioneiro, um estrangeiro em um navio estrangeiro dentro da faixa marinha, não era responsabilidade da lei da Inglaterra, mas apenas de seu próprio país. Os juízes vencidos praticamente concordaram que – como mostrado pelos usos e costumes das nações e proclamado pelos escritos dos publicistas – a regra de Direito das Nações, pela qual a soberania das nações com uma costa marítima fora estendida em direção ao mar sobre a faixa marinha conhecida como águas territoriais, estendeu a soberania da Inglaterra sobre o mar territorial adjacente à sua costa, e assim colocou a faixa marinha sob a jurisdição de seus tribunais. Essa visão foi bem expressa pelo presidente da Suprema Corte Coleridge, que disse³³:

32. 5 Christopher Robinson 373, at page 385.

33. The Queen v. Keyn (1876) Law Reports, 2 Exchequer Division 63, at page 153.

“Nessas circunstâncias, meus pares Brett e Lindley mostraram que, por um consenso de escritores, sem uma única autoridade em contrário, alguma parte das águas costeiras de um país é considerada, para alguns propósitos, como pertencente ao país cujas costas elas lavam. Concordo em pensar que as discrepâncias encontradas nesses escritores quanto à extensão precisa das águas costeiras que pertencem a um país (discrepâncias, afinal, não sérias desde a época pelo menos de Grotius) não são relevantes nesta questão; porque todos concordam com o princípio de que as águas, em algum ponto além da marca da maré baixa, pertencem aos respectivos países, por motivos de sentido, se não de necessidade, pertencem-lhes como território ou soberania, em propriedade, exclusivamente, de modo que a autoridade da França ou Espanha, da Holanda ou da Inglaterra, é a única autoridade reconhecida sobre as águas costeiras adjacentes a esses países. Isso é estabelecido tão solidamente quanto, pela natureza do caso, qualquer proposição de Direito Internacional pode ser. O Direito das Nações é aquela coleção de usos que os Estados civilizados concordaram em observar em suas relações uns com os outros. Quais são esses usos, se um determinado foi ou não acordado, deve ser uma questão de evidência. Tratados e atos de Estado são apenas evidências do acordado entre as nações e, pelo menos neste país, não vinculam *per se* os tribunais. Nem, certamente, um consenso de juristas; mas é evidência do acordado entre as nações em pontos internacionais; e em tais pontos, quando surgem, os tribunais ingleses dão efeito, como parte da lei inglesa, a tal acordo.”

A maioria dos juízes, no entanto, reverteu a conclusão do tribunal *a quo* e considerou que uma regra de Direito das Nações, não importa quantos juristas eruditos concordassem em proclamá-la uma regra desse direito, nem importa quantas outras nações concordassem entre si que tal regra fazia parte do Direito das Nações, não era vinculativa para os tribunais britânicos até que o Parlamento britânico a promulgasse como regra legal. Embora a maioria dos juízes não tenha sido totalmente unânime, a maioria deles concordou com a opinião expressa pelo Lord chief justice Cockburn, de que a extensão do reino da Inglaterra é uma questão de direito inglês e não internacional. Lord Chief Justice Cockburn disse³⁴:

“Pode uma parte do que era antes alto mar ter sido convertida em território britânico sem qualquer ação por parte do governo ou da legislatura britânica – pelas meras afirmações de escritores sobre direito público – ou mesmo pelo consentimento de outras nações? E quando em apoio a essa posição, ou à teoria da faixa de três milhas em geral, as declarações dos escritores sobre Direito Internacional são invocadas, a pergunta pode muito bem ser feita: em que autoridade essas declarações são fundadas? Quando e de que maneira as nações, que devem ser

34. The Queen v. Keyn (1876) Law Reports, 2 Exchequer Division 63, at page 202.

afetadas por uma regra como a que esses escritores, seguindo uns aos outros, estabeleceram, expressaram seu consentimento a ela? Para não falar da dificuldade que pode ser encontrada em dizer a qual dessas opiniões conflitantes tal consentimento foi dado.”

Mais adiante, em sua opinião, Lord Cockburn disse que os escritores sobre Direito das Nações, “por mais valiosos que sejam seus trabalhos na elucidação e determinação dos princípios e regras de direito, não podem fazer o direito”. Mesmo o consentimento unânime das nações de que a faixa de três milhas das chamadas águas territoriais ao redor da Grã-Bretanha estava sob jurisdição britânica, afirmou ele, não justificaria os tribunais britânicos em reconhecer, “sem uma lei do Parlamento, o que praticamente equivaleria a uma nova lei”.

Assim, treze juízes britânicos juntos em um caso, depois de pesar os fatos, as opiniões de juristas e publicistas e os atos de outras nações, foram incapazes de concordar e se dividiram quase igualmente sobre a questão de saber se uma regra do Direito das Nações poderia ser enxertada na lei da Inglaterra por meio dos longos costumes e atos contínuos de muitas nações, conforme evidenciado por tratados e outros atos diplomáticos, além dos escritos dos publicistas; ou se exigia uma lei do Parlamento para tornar obrigatória uma regra de Direito das Nações para os tribunais britânicos. A decisão destruiu a faixa marinha no que diz respeito à jurisdição dos tribunais britânicos, e o direito proclamado pela decisão do tribunal teve que ser alterado para atender aos requisitos das futuras obrigações da Grã-Bretanha como membro da família das Nações, pela Lei de Jurisdição das Águas Territoriais de 1878. Assim, naquele importante caso, treze juízes, quando chamados a julgar um caso para o qual nenhum precedente exato poderia ser encontrado entre as decisões inglesas, tiveram que usar, individualmente, para decidir se a jurisdição dos tribunais britânicos se estendia sobre a faixa marinha do Direito Internacional, seus próprios e melhores julgamentos. Como resultado, longe de concordar, eles se dividiram em dois grupos quase igualmente equilibrados, e nenhum desses dois grupos foi totalmente unânime nos caminhos pelos quais chegaram às suas conclusões. Este é um esplêndido exemplo que mostra como os juízes do tribunal não apenas exercem suas próprias ideias individuais para chegar a suas conclusões, mas também em muitas ocasiões são absolutamente forçados pelas exigências do caso diante deles a recorrer e às vezes até confiar em suas próprias consciências para decidir o que será uma decisão justa.

Tomemos outro caso, que foi levado ao tribunal judicial mais notável do mundo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, o caso conhecido sob o nome *Paquete Habana*³⁵.

35. (1900) 17s United States Supreme Court Reports 677.

Como citar este artigo | *How to cite this article*: SANTANA, Davi Ferreira Avelino (Trad.). Tradução de “Arbitragem como um termo do Direito Internacional”, de Thomas W. Balch, 1920. *Revista de Arbitragem e Mediação – RARB*, São Paulo: Ed. RT, v. 89, ano 23, p. 259-292, abr./jun. 2026.

No início da guerra em 1898 entre os Estados Unidos e a Espanha, dois navios de pesca espanhóis, o *Paquete Habana* e o *Lola*, foram levados pelo esquadrão de bloqueio americano na costa de Cuba e condenados por um Tribunal Distrital Federal como prêmios de guerra. O caso foi recorrido à Suprema Corte. Os nove membros desse tribunal dividiram-se em dois grupos, de seis a três. A maioria – através do juiz Gray proferindo a opinião da Corte – considerou, após uma revisão cuidadosa e exaustiva das obras dos publicistas e das decisões da Suprema Corte e de outros tribunais, que, por meio do costume, uma regra do Direito Internacional havia crescido, isentando de captura em tempos de guerra os navios de pesca de beligerantes que estavam apenas cumprindo sua vocação. A isenção não é válida, disse o juiz Gray, se os navios de pesca se envolverem em hostilidades de alguma forma, nem se aplica a peixes capturados em alto mar tão longe da terra que o peixe não pode ser levado ao mercado fresco, mas deve ser salgado ou curado de outra forma. O Presidente dos Estados Unidos, McKinley, em sua manifestação, de 26 de abril de 1898, não fez menção específica aos navios de pesca. “Mas a manifestação evidencia claramente”, disse o juiz Gray³⁶, “a política geral do governo de conduzir a guerra de acordo com os princípios do Direito Internacional sancionados pela prática recente das nações”.

O presidente da Suprema Corte, Fuller, e os juízes Harlan e McKenna concordando com ele, deram opinião divergente da minoria de três juízes. Não concordou que houvesse qualquer regra estabelecida do Direito das Nações. Em sua manifestação, depois de se referir à decisão do Tribunal Distrital condenando as duas embarcações e suas cargas, porque o tribunal inferior não estava, como citado pelo tribunal inferior³⁷, “convencido de que, por uma questão de direito, sem qualquer portaria, tratado ou proclamação, os navios de pesca desta classe estão isentos de apreensão”, o presidente do tribunal prosseguiu dizendo³⁸:

“Este tribunal sustenta o contrário, não porque tal isenção seja encontrada em qualquer tratado, legislação, proclamação ou instrução, concedendo-a, mas com base no fato de que os navios estavam isentos em razão de uma regra estabelecida de Direito Internacional aplicável a eles, que é dever do tribunal fazer cumprir. Não posso concluir que exista tal regra internacional estabelecida.”

Lá, falando pela minoria do Tribunal, o presidente da corte discordou absolutamente da sentença proferida pelo juiz Gray.

36. 175 United States Supreme Court Reports, page 712.

37. 175 United States Supreme Court Reports, page 715.

38. *Ibid*, page 715.

Em seguida, em seu voto divergente, o presidente disse³⁹: “Na verdade, a isenção de embarcações de pesca é essencialmente um ato de graça, e não uma questão de direito, e é estendida ou negada conforme a necessidade exige”. Disse Sir William Scott: “é uma regra de cortesia apenas, e não de decisão legal”.

Depois de citar Hall, Freeman Snow e outras autoridades, o presidente da Suprema Corte continuou⁴⁰:

“Na minha opinião, a regra é que a isenção dos rigores da guerra está sob o controle do Poder Executivo. Ele não está vinculado a nenhuma regra imutável sobre o assunto. Cabe a ele aplicar, modificar ou negar completamente a imunidade que pode ter sido abrangentemente estendida.”

Nesse caso, o tribunal teve que decidir se havia desenvolvido por costume através de séculos de prática uma regra do Direito das Nações isentando os navios de pesca quando pacificamente engajados em sua vocação de captura como sendo prêmios de guerra, ou se havia apenas desenvolvido uma regra de cortesia entre as nações, permitindo ao Executivo de cada potência isentar da captura os navios de pesca de um país inimigo. E os membros daquele augusto tribunal não concordaram em sua conclusão; a maioria decidindo que havia crescido por meio de um longo costume e uso contínuos tal regra do Direito Internacional, enquanto a minoria sustentava com a mesma firmeza que não.

Para tomar a prática de um tribunal judicial como exemplo, vejamos um caso notável da Pensilvânia. A Suprema Corte da Pensilvânia reverteu seus próprios julgamentos anteriores no caso *Sanderson v. The Pennsylvania Coal Company* sobre o fluxo de água nas minas de carvão antracito da Pensilvânia⁴¹. Por que? Porque, devido ao desenvolvimento do carvão como um fator no mundo comercial moderno, havia uma divergência de opinião desde o início entre os juízes que compunham o tribunal quanto à forma como o caso deveria ser decidido. Foi um caso de danos causados pela água bombeada de uma mina que fluíu para um riacho que foi, assim, poluído. O caso foi discutido quatro vezes perante a Suprema Corte do Estado da Pensilvânia. Nem um único juiz mudou de opinião, mas, gradualmente, à medida que a composição do tribunal mudava, o tribunal mudava de opinião e, assim, se invertia.

39. *Ibid*, page 719.

40. 175 United States Supreme Court Reports, page 720.

41. *Sanderson v. The Pennsylvania Coal Co.* (1878) 86 Pennsylvania Supreme Court 401; *Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson* (1880) 94 Pennsylvania Supreme Court 302; *Sanderson v. Pennsylvania Coal Co.* (1883) 102 Pennsylvania Supreme Court 370; *The Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson* (1886) 113 Pennsylvania Supreme Court 126.

A decisão final da Suprema Corte foi praticamente baseada no cerne da opinião divergente do juiz Paxson, na primeira vez que o caso chegou à corte, quando disse: “Os demandantes sabiam quando compraram sua propriedade que estavam em uma região de mineração”.

Assim, naquele importante caso que foi levado quatro vezes para decisão ao mais alto tribunal do Estado, os membros da corte desde o início não conseguiram chegar a uma decisão unânime. Discordaram persistentemente; alguns decidindo por uma parte do caso e outros pela contraparte.

Além disso, ao considerar a latitude permitida aos juízes no exercício de suas próprias ideias e concepções individuais sobre o que constituiria justiça em qualquer caso, é bom lembrar que a *common law* inglesa, devido em muitos casos à rigidez de suas regras e à incapacidade em tempos anteriores de mudá-la e alterá-la, causou o surgimento da equidade e do tribunal de equidade, que poderia resolver casos em que a *common law* não podia. E hoje, em muitas jurisdições, os dois sistemas de jurisprudência foram consolidados; os tribunais em algumas jurisdições às vezes assentados como tribunais de *common law*, às vezes como tribunais de equidade, enquanto em outras jurisdições, como por exemplo na Pensilvânia, os tribunais se reúnem como tribunais que administram simultaneamente tanto a *common law* quanto o direito de equidade para chegar a suas decisões. Assim, quando os juízes dos tribunais de *common law* estavam tão vinculados ao direito que não podiam, em muitos casos, exercer seu bom senso e consciência pessoais, a resolução para tais situação foi buscada combinando, em várias manifestações em diferentes jurisdições, com suas funções como juízes de *common law* os poderes dos chanceleres de equidade e assim permitindo aos juízes maior flexibilidade para chegar às suas decisões do que poderia ter sido possível se tivessem permanecido estritamente juízes de *common law*.

Além disso, deve-se lembrar que os juízes dos tribunais estatais que atuaram como juízes em Tribunais de Prêmios de Guerra, em sua interpretação do Direito das Nações, inclinaram-se, sem dúvida, para a visão que favoreceu a longo prazo seu próprio país. Por exemplo, tomemo-nos os julgamentos de Lord Stowell, quando ainda estava sendo em grande parte formado o Direito do Mar, alguém pode duvidar que, ao proferir seus julgamentos, foi influenciado em algum grau pelos interesses da Inglaterra como beligerante? Assim, também, a Suprema Corte dos Estados Unidos durante a Guerra Civil sem dúvida se inclinou para o ponto de vista que favorecia a causa dos EUA. E assim também com os tribunais de outras nações. Pois, afinal, os juízes, mesmo os mais conscienciosos de todos, são seres humanos. Tais pontos de vista pessoais são mais fáceis de aplicar no período anterior e formativo do direito - seja interno ou internacional - do que

quando o direito atingiu um estágio desenvolvido. No entanto, mesmo quando o direito é altamente desenvolvido, os sentimentos e ideias pessoais de cada juiz sobre o que constitui justiça em cada caso contam, mais ou menos de acordo com o caráter do julgamento individual e as circunstâncias de cada caso.

Dos três casos, *Queen v. Keyn*, *Paquete Habana* e *Sanderson v. The Pennsylvania Coal Company*, que foram analisados acima, é evidente que os juízes estatais frequentemente não concordam quanto aos julgamentos adequados a serem proferidos nos casos que lhes são submetidos para decisão. Pode-se insistir, no entanto, em todos os casos em que os juízes de um tribunal discordam quanto aos seus julgamentos sobre um caso, que todos deram uma decisão a favor de um lado ou de outro, e que eles não concordam com um compromisso com o objetivo de dar algo a cada litigante de um caso, de modo a reconciliar ambas as partes com o julgamento do tribunal. Em outras palavras, que nos casos em que os juízes não concordam em suas opiniões quanto ao caso submetido, eles discordam sobre os fundamentos legais, mas cada juiz, ao proferir uma decisão favorável a um lado ou a outro, não procura encontrar em seu julgamento um meio-termo feliz que agrade a ambos os lados do caso discutido no tribunal.

Há casos, no entanto, que foram julgados em cortes judiciais onde os juízes de tais tribunais, tanto quanto os membros de alguns Tribunais Internacionais de Arbitragem, procuraram resolver os casos com base em um compromisso entre os litigantes, em vez de proferir uma decisão baseada em puro raciocínio jurídico, que é claramente dividido para o favor de um lado ou de outro.

Durante a grande Guerra Civil Americana de 1861-1865, a Suprema Corte dos EUA teve muitos casos levados a si envolvendo a doutrina da *continuous voyages*. Um deles como o caso *Bermuda*⁴². Esse navio, antes de sua captura, havia feito uma viagem de Londres às Bermudas. Posteriormente, foi executado bloqueio, mantido pelos Estados Unidos a partir da costa confederada, para Savannah. Naquela viagem, o navio continha carga que teria sido de grande valor em qualquer um dos portos confederados. Voltou com sucesso para a Inglaterra. Em sua primeira viagem de ida da Inglaterra, enquanto Haigh, súdito britânico, era seu aparente proprietário, este deu uma procuração para vender o navio a dois habitantes de Charleston.

Após seu retorno à Inglaterra, o navio recebeu em Liverpool, como preparativos para uma segunda viagem, uma carga sob a direção da *Fraser, Trenholm and Co.*, empresa com filiais em Charleston. Nessa segunda viagem, o

42. (1865) 3 Wallace, United States Supreme Court Reports, page 514.

Bermuda foi de novo ostensivamente destinado às Bermudas. O navio foi capturado por um cruzeiro federal em alto mar e enviado para a Filadélfia. Depois que o navio e a carga foram condenados pelo Tribunal Distrital como bons prêmios de guerra, o caso foi apelado à Supremo Corte, onde foi confirmada a sentença do tribunal de primeira instância.

Na ocasião, o presidente da Suprema Corte, Chase, ao proferir o voto do tribunal, disse⁴³:

“Quais foram os motivos pelos quais o tráfico contrabandista nas Bermudas foi capturado? Primeiro, temos o caráter dos artigos de contrabando, adequados para uso militar imediato em batalha ou para o serviço civil imediato do governo rebelde; depois, os conhecimentos de embarque fraudulentos, que exigiam entrega nas Bermudas, quando não havia intenção de entregar nas Bermudas, ou nenhum lugar insuscetível de ser alterado por inimigos dos Estados Unidos; a nomeação de um desses inimigos como capitão, necessariamente feita com o conhecimento e consentimento de Haigh, se ele fosse proprietário; e, então, a rendição completa do navio ao uso e controle de tais inimigos, sem nem mesmo a pretensão de falta de conhecimento, pelo suposto proprietário, da real destinação do seu emprego.”

As Bermudas eram justamente sujeitas, continuou o presidente, à condenação pelo transporte de mercadorias contrabandeadas para um porto beligerante em circunstâncias de fraude e má-fé que tornavam o proprietário condenável e responsável “por participação não neutra na guerra”⁴⁴.

O caso *Hart*⁴⁵, julgado logo após o *Bermuda*, foi muito semelhante. O navio tinha uma carga de armas e munições de guerra, levada a bordo em Londres sob a direção de agentes confederados. O destino nominal do navio e da carga era Cárdenas, Cuba; mas as evidências eram claras de que o verdadeiro destino depois de chegar a Cárdenas seria um porto da confederação.

O presidente da Suprema Corte, Chase, disse⁴⁶:

“O caso, em suas principais características, se assemelha ao *Bermuda* e sua carga; eles são, talvez, ainda mais irreconciliáveis com a boa fé. Basta dizer que os neutros que colocam seus navios sob controle beligerante e os envolvem no comércio

43. 3 Wallace, United States Supreme Court Reports, page 557.

44. (1865) 3 Wallace, United States Supreme Court Reports, page 558.

45. *Id.*, page 559.

46. 3 Wallace, United States Supreme Court Reports, page 560.

beligerante, ou permitem que sejam enviados com cargas contrabandeadas sob o disfarce de falso destino para portos neutros, enquanto o destino real é para portos beligerantes, imprimem neles o caráter do beligerante em cujo serviço são empregados, e não podem reclamar se forem apreendidos e condenados como propriedade inimiga.”

A decisão do tribunal de primeira instância condenando tanto o navio quanto a carga foi confirmada⁴⁷.

Se as decisões nos casos *Bermuda* e *Hart* forem comparadas com os julgamentos nos casos *Springbok* e *Peterhoff*, também julgados um pouco mais tarde pela Suprema Corte dos Estados Unidos, torna-se evidente que algumas decisões, pelo menos de tribunais judiciais do mais alto grau, possuindo uma jurisdição contínua e compulsória, podem estar abertos a ataques ou críticas desfavoráveis como compromissos, em vez de julgamentos de caráter judicial, com tanta justiça e plausibilidade quanto muitas das decisões de Tribunais Internacionais de Arbitragem nomeados *ad hoc*, que, possuindo apenas uma existência temporária, não gozam de uma jurisdição compulsória, mas confiam-se no acordo prévio e na vontade das nações litigantes de aceitar e executar lealmente as decisões proferidas por tais tribunais internacionais. Em outras palavras, muitos dos Tribunais Internacionais de Arbitragem nomeados *ad hoc*, cujos julgamentos foram severamente atacados - muitas vezes por partes com conflito de interesses - de serem compromissos em vez de decisões judiciais, não eram mais culpados a esse respeito do que os tribunais judiciais em muitas decisões que estes últimos proferiram, pois em muitos casos proferiram decisões judiciais que foram também atacadas como compromissos.

O *Springbok* partiu de Londres em 8 de dezembro de 1862 e foi capturado a cerca de cento e cinquenta milhas a leste de Nassau, um porto em uma das Índias Ocidentais

47. The doctrine of *continuous voyages* affirmed in these two cases of the highest American Court as a rule of the Law between Nations, while not accepted as sound by all publicists and all nations, was later, during the South African Three Years' War, acted upon by Great Britain in the case of the Germans teamers, *Bundesrath*, *Herzog* and *General*. Those three vessels bound in 1900 from neutral German ports to the neutral Portuguese port of *Lorenzo Marques* on *Delagoa Bay*, were seized by cruisers of Great Britain because these neutral vessels were thought to be carrying contraband of war destined for the two Boer Republics. The German Government demanded their release on the ground that as they were sailing between neutral ports, there could not be said to be any carrying of contraband between the neutral ports. Great Britain did not recognize the principle advanced by Germany, and asserted that, even though carried in a neutral vessel bound for a neutral port, articles intended ultimately for the enemy were contraband of war.

Britânicas, em 3 de fevereiro de 1863, quando se dirigia a esse porto⁴⁸. Tanto o navio quanto a carga foram condenados pelo Tribunal Distrital, e o caso foi apelado à Suprema Corte.

A remessa dos artigos envolveu a tripulação não apenas de Londres para Nassau, mas também de lá, disse o presidente da Suprema Corte Chase⁴⁹, se necessário, para qualquer outro porto das Índias Ocidentais, América do Norte britânica ou americana e, finalmente, para um porto britânico:

“e também é verdade que este compromisso incluiria, caso o comandante o entendesse, uma continuação da viagem para o transporte da carga de Nassau para um porto bloqueado; mas não há prova de que houve qualquer compromisso para tal continuação da viagem.”

Os documentos do navio pareciam não mostrar, pensou o tribunal, nenhuma intenção de levar as mercadorias além de Nassau, embora o comandante não tivesse certeza em seu depoimento quanto à propriedade real da carga. O tribunal decidiu que o navio não estava envolvido com a parte contrabandeada da carga, mas estava de boa fé transportando-a para um porto neutro, Nassau, de modo que o navio não foi condenado pelo tribunal, embora a sentença *a quo* tenha sido confirmada quanto à carga.

Em toda a revisão do caso, parece que o tribunal estava ansioso para não condenar um navio mercante de um poderoso Estado neutro cujo governo não havia sido muito amigável à causa dos EUA; e, embora houvesse evidências que pareciam mostrar que o *Springbok* poderia ter continuado para um porto confederado quando capturado na região de Nassau, região bem conhecida por estar a serviço como base para executar o bloqueio, o tribunal ordenou, no entanto, o descarregamento do navio. Embora no caso *Springbok* a suspeita de serviço não neutro por parte do navio não fosse esmagadora, ainda assim ela existia e, portanto, dá uma coloração acentuada ao pensamento de que a decisão do tribunal naquele caso, em não condenar o navio, foi um desejo de chegar a um compromisso que seria mais ou menos agradável para ambas as nações.

O Peterhoff, navio britânico com destino a Matamoros, no México, quarenta milhas acima do Rio Grande e em frente a Brownsville nos Estados Confederados, foi apreendido em 25 de fevereiro de 1865 por um navio de guerra dos EUA perto da ilha de St. Thomas⁵⁰. A carga, de caráter diverso, era útil para

48. The *Springbok* (1866) 5 Wallace, United States Supreme Court Reports, page i.

49. *Idem*, page 21.

50. The *Peterhoff* (1866) 5 Wallace, United States Supreme Court Reports, page 28.

fins militares. Consistia também em ferro, aço, muitas drogas e outras coisas que, devido ao bloqueio da confederação pelo Governo Federal, eram muito necessárias nos Estados Confederados. Quando o Peterhoff foi capturado pelo cruzador dos Estados Unidos, Vanderbilt, não apenas o capitão do Peterhoff se recusou a embarcar no navio de guerra para que seus documentos fossem examinados, alegando que, como ele carregava uma correspondência britânica, todos os seus documentos deveriam ser examinados em seu próprio navio, mas também documentos ou artigos de algum tipo foram jogados ao mar por seu comando e, assim, perdidos. O capitão do Peterhoff, além disso, admitiu no tribunal que havia destruído algumas cartas, que jurou terem sido endereçadas a ele por sua esposa e seu pai, mas que nenhum outro documento foi destruído. A carga foi enviada principalmente por vários súditos britânicos, e uma parte dela pertencia ao proprietário do navio. O Tribunal Distrital de Nova Iorque condenou tanto o navio quanto a carga como prêmios legais de guerra.

A Suprema Corte decidiu que parte da carga era contrabando, e que grande parte do restante da carga que não era contrabando, mas pertencia ao proprietário do contrabando, devia ser condenada. O tribunal, no entanto, não condenou o restante da carga, nem o navio, com o fundamento de que não havia intenção de o navio tentar quebrar o bloqueio. Tendo em vista o lançamento ao mar de alguns documentos ou algum objeto do navio no momento em que a captura estava ocorrendo, bem como a admissão do capitão no tribunal de que ele havia destruído documentos que ele alegou serem apenas cartas de sua esposa e seu pai, parece que o tribunal foi leniente em sua decisão, preferindo não pressionar muito os proprietários neutros do navio ou de grande parte da carga. Uma comparação do julgamento neste caso com os dos casos *Bermudas* e *Hart*, tendo em vista os estranhos feitos do capitão do Peter Hoff ao destruir documentos a bordo de seu navio e jogar um pacote no mar no momento da captura do Peterhoff, sugere fortemente que o julgamento do tribunal neste caso foi muito possivelmente um compromisso.

A Suprema Corte dos Estados Unidos tanto no caso *Springbok* quanto no *Peterhoff*, embora sustentando os tribunais inferiores em seus julgamentos quanto à condenação da parte contrabandeada da carga, tinha, no entanto, uma boa e abundante razão para ser leniente sempre que possível nos navios da Grã-Bretanha, uma nação forte e neutra, porque a Grã-Bretanha durante a guerra muitas vezes mostrou que tinha remorsos da ascensão e crescimento dos Estados Unidos. Embora não se possa afirmar positivamente que as sentenças proferidas pela Suprema Corte nos casos *Springbok* e *Peterhoff* foram compromissos, essas duas decisões são criticáveis como compromissos e não como sentenças estritamente judiciais com tanta plausibilidade e precisão quanto várias sentenças proferidas por Tribunais Internacionais

estabelecidos *ad hoc*, que foram criticados por alguns escritores como sendo compromissos.

Uma comparação das decisões nos casos *Queen v. Keyn* e *Paquete Habana* com as dos casos *Alabama Claims* e *Bering Fur Seal Fisheries* é esclarecedora do assunto em discussão. Em muitos aspectos importantes, esses dois pares de casos – um par julgado perante um tribunal judicial, o outro perante um tribunal internacional – são muito semelhantes.

Nos dois primeiros desses quatro casos, os que foram discutidos e decididos por dois notáveis tribunais judiciais, o tribunal em nenhum dos casos foi unânime. A mesma coisa aconteceu com os dois últimos casos, os que foram julgados e decididos por Tribunais Internacionais de Arbitragem. No caso *Queen v. Keyn*, o tribunal se dividiu em 7 contra 6, e no *Paquete Habana* 6 contra 3. No caso *Alabama Claims*, o tribunal se dividiu em algumas acusações 4 contra 1, em outras 3 contra 2, e no caso *Bering Fur Seal*, na questão da extensão do mar territorial, o tribunal foi de 6 contra 1 a favor do limite de três milhas e 5 contra 2 em alguns outros pontos do caso. Em todos os quatro casos, os juízes, tanto estatais quanto internacionais, tiveram que confiar em parte em suas próprias consciências individuais e bom senso para chegar a suas decisões. Em outras palavras, tiveram que decidir algo que nunca havia sido decidido antes. Outro ponto de semelhança pode ser encontrado nos casos *Queen v. Keyn* e *Alabama Claims*. Em cada um desses dois casos, um julgado perante um tribunal judicial, o outro perante um tribunal internacional, a legislação foi alterada. Como resultado da decisão no *Queen v. Keyn*, que aboliu o mar territorial no que diz respeito à lei inglesa e aos tribunais ingleses, o Parlamento teve que vir em socorro na Lei de Jurisdição de Águas Territoriais, de 16 de agosto de 1878, para remediar a situação resultante que colocou a Grã-Bretanha de certa forma, como resultado dessa decisão, fora dos limites do Direito Internacional. Por esse ato, o Parlamento não apenas anulou a decisão do tribunal no caso *Queen v. Keyn*, como chegou ao ponto de dizer que essa decisão era equivocada em sua interpretação do direito no passado⁵¹. Isso porque o ato declarava que a jurisdição de Sua Majestade sobre os mares abertos adjacentes a seus domínios não apenas se estendia, mas também “sempre se estendeu” sobre os mares marginais até onde era necessário para a segurança dos domínios de Sua Majestade. No caso *Alabama Claims*, a legislação também teve que ser alterada, pois o acordado quanto às “Três Regras” do Tratado de Washington era a legislação das duas nações interessadas quanto a esse caso específico. Havia essa diferença entre os dois casos, que no primeiro a legislação entrou em cena como resultado da decisão, como meio de anulá-la para o futuro, bem como declará-la equivocada quanto ao passado; enquan-

51. John Bassett Moore, *International Law Digest*, Washington, 1906, Volume I., page 714.

to neste último caso a legislação aplicável era um pré-requisito para esclarecer a Lei de Neutralidade sobre a qual os governos americano e britânico não estavam de acordo, a fim de que o caso *Alabama Claims* pudesse ser julgado perante o Tribunal Internacional que se reunia em Genebra. Em ambos os casos, tanto no julgado por um tribunal estatal quanto no julgado por um tribunal internacional, o direito positivo era necessário.

Como o professor John Bassett Moore tão bem disse⁵², a legislação acordada no Tratado de Washington pelos Estados Unidos e pela Grã-Bretanha, ou seja, as “Três Regras”, que deveriam ser aplicáveis no caso *Alabama Claims*, não tocou no caráter judicial da decisão proferida pelo Tribunal de Genebra, mas afetou apenas a questão:

“de se a sentença deve ser aceita como uma declaração do Direito Internacional – assim como nos pode haver uma dúvida se o julgamento de um de nossos tribunais em obediência aos estatutos deve ser considerado uma declaração da *common law*; porque, ao determinar isso, não estamos lidando com o caráter judicial ou não judicial da deliberação no mais remoto grau, mas com a questão de saber se o estatuto era declaratório da *common law*.”

A diferença essencial entre os Tribunais Internacionais de Arbitragem, como o Tribunal de Genebra de 1871-1872, e o Tribunal de Paris de 1893, dos tribunais judiciais, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, é que os primeiros são temporários em sua existência e constituídos para julgar um caso particular ou uma série de casos semelhantes ou análogos, enquanto estes últimos são contínuos em sua existência, exercem uma jurisdição pré-existente à qual todos os indivíduos estão sujeitos *nolens volens*, e são competentes a toda sorte e tipos de casos que podem ser levados ao seu tribunal. Pode ser, talvez, que com o tempo, de tribunais temporários como aqueles que se reuniram e julgaram em Genebra e Paris entre a República da América do Norte e o Império Britânico, e os tribunais mais recentemente constituídos *ad hoc* na capital da Holanda, de acordo com as convenções das Conferências de Paz da Haia, uma Suprema Corte das Nações poderia ser desenvolvida para julgar casos que surgem entre as nações⁵³. Mas antes que se faça uma tentativa de estabelecer tal tribunal para julgar sempre entre os membros da família das Nações, parece sábio que os tribunais individuais temporários criados na Haia para julgar cada um dos casos designados ou séries de casos semelhantes sejam alterados para

52. In a letter of October 31st, 1914, to the present writer.

53. Thomas Willing Balch, *Différends juridiques et politiques dans les rapports des Nations*, *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1914, page 181.

que os juízes de tais tribunais temporários possam ser fortalecidos no hábito judicial com a exclusão de reconciliar os desejos políticos das nações em conflito.

Para assegurar, na medida do possível, que no futuro as decisões proferidas pelos Tribunais Internacionais estabelecidos *ad hoc* na Haia baseiem suas decisões em fundamentos judiciais e evitem até mesmo um toque de compromisso político, três coisas poderiam ser utilizadas. Em primeiro lugar, no acordo ou *compromis* que remete um caso a um dos Tribunais Internacionais da Haia, pode-se prever especificamente que a decisão, como sugeriu a professora Lassa Oppenheim, deve ser baseada em fundamentos legais. Em segundo lugar, a segunda Convenção da Haia de 1907 poderia ser emendada, de modo que os juízes dos Tribunais Internacionais previstos nas Convenções da Haia não fossem apenas homens instruídos na lei, mas também não fossem diplomatas por formação. Em terceiro lugar, de acordo com a moção feita na Segunda Conferência de Paz da Haia pelo Sr. Scott, dos Estados Unidos, e apoiada pelo Prof. Martens, da Rússia, Dr. Lammasch, da Áustria, e vários outros delegados, os indivíduos nomeados por seus respectivos governos para o painel entre os quais os juízes de cada um dos Tribunais Internacionais da Haia devem ser escolhidos para julgar um caso particular, não devem ser autorizados a comparecer em qualquer caso internacional como advogados ou agentes, mas apenas como julgadores⁵⁴.

Além disso, seria bom que os publicistas do mundo criticassem favoravelmente ou adversamente, pois os fatos, os argumentos e a decisão em cada caso poderiam apelar para eles, o julgamento de cada Tribunal Internacional e até mesmo de cada juiz individual assentado nesses tribunais, bem como apontar quando e até que ponto cada tribunal ou juiz individual deixou de julgar de acordo com o direito e procurou basear sua decisão em outra coisa para não desagradar a nenhuma das partes. Mas a crítica de um advogado que participou de um caso deve sempre ser tomada *cum grano salis*. Dessa forma, a fama futura dos juristas internacionais individuais sentados em qualquer um dos Tribunais da Haia criados *ad hoc* repousaria, em certa medida, nas mãos dos homens que escrevem e comentam o Direito das Nações. Portanto, não apenas um forte incentivo para a fama futura estaria disponível para induzir os juízes dos Tribunais Internacionais da Haia a julgar de acordo com o Direito das Nações, mas também sua posição cotidiana real como juristas

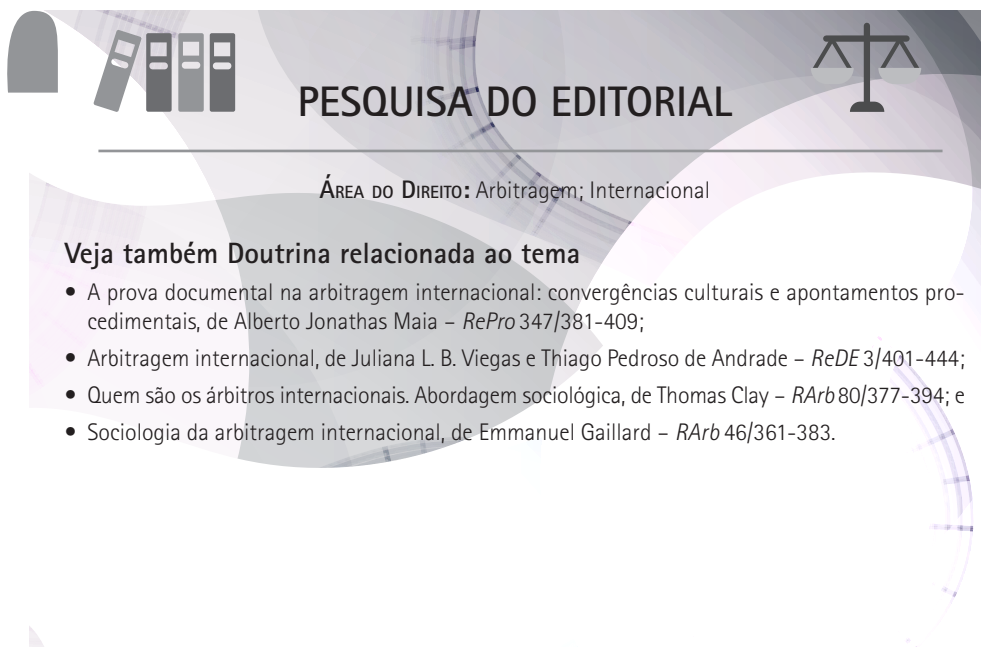
54. Deuxième Conférence Internationale de la Paix: Actes et Documents, The Hague Impriemrie Nationale, 1907, Vol. II., p. 753. Première Commission, Première souscommission, Comité d'Examen C. Huitième séance, 9, Septembre 1907, p. 767; Comité d'Examen A. Dix-septième séance, p. 587-589.

seria aumentada ou diminuída de acordo com a decisão como juízes internacionais ou como reconciliadores ou mediadores amigáveis.

Ao alterar, assim, a maneira de compor os Tribunais Internacionais da Haia nomeados *ad hoc* para julgar cada um único caso ou uma série de casos semelhantes, o caráter judicial desses Tribunais Internacionais de Arbitragem seria fortalecido; e eles poderiam ser procurados para a dispensação de justiça no futuro entre as nações tão verdadeiramente quanto no passado o Supremo Tribunal do Almirantado da Inglaterra nos dias de Lord Stowell, ou a Suprema Corte dos Estados Unidos ou os Tribunais Internacionais que se assentaram, respectivamente, nos casos *Alabama Claims* e *Bering Sea Fur Seal Fishing*, proferiram decisões judiciais com base nos princípios do direito e nas ideias de justiça.

13 de maio de 1915.

Filadélfia.



PESQUISA DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A prova documental na arbitragem internacional: convergências culturais e apontamentos procedimentais, de Alberto Jonathas Maia – *RePro* 347/381-409;
- Arbitragem internacional, de Juliana L. B. Viegas e Thiago Pedroso de Andrade – *ReDE* 3/401-444;
- Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica, de Thomas Clay – *RARB* 80/377-394; e
- Sociologia da arbitragem internacional, de Emmanuel Gaillard – *RARB* 46/361-383.