

**EMÍLIO MENDONÇA DIAS DA SILVA**

**DIREITO INTERNACIONAL E COERÊNCIA SISTÊMICA:  
O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE DIREITO  
INTERNACIONAL SOBRE FRAGMENTAÇÃO APÓS UM  
DECÊNIO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DOUTOR PAULO BORBA CASELLA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2017**



**EMÍLIO MENDONÇA DIAS DA SILVA**

**DIREITO INTERNACIONAL E COERÊNCIA SISTÊMICA:  
O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE DIREITO  
INTERNACIONAL SOBRE FRAGMENTAÇÃO APÓS UM  
DECÊNIO**

Dissertação de Mestrado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de direito internacional público, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Borba Casella.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2017**

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Silva, Emílio Mendonça Dias da

Direito Internacional e Coerência Sistêmica: o  
Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre  
Fragmentação Após um Decênio. / Emílio Mendonça Dias da  
Silva ; orientador Paulo Borba Casella -- São Paulo,  
2017.

185p

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Fragmentação, unidade e coerência. 2. Conflitos  
normativos. 3. Relatório da Comissão de Direito  
Internacional da ONU. I. Casella, Paulo Borba,

orient. II. Título.

---

Nome: SILVA, Emílio Mendonça Dias da

Título: Direito Internacional e Coerência Sistêmica: o Relatório da Comissão de Direito Internacional Sobre Fragmentação Após um Decênio.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

*Aos meus pais, Sérgio e Vera, e às minhas irmãs, Larissa e Letícia, os quais, cada qual a seu modo, muito me incentivaram durante e sobre todos os aspectos da minha vida.*

*Às minhas recém falecidas tias, Alzira e Darcy, duas educadoras e grandes entusiastas do conhecimento, as quais certamente ficariam orgulhosas de mim.*

*Ao meu avô, Francisco, também recentemente falecido, o qual, mesmo longe, sei que sempre torceu por mim.*

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a orientação do Professor Paulo Borba Casella, certamente uma das grandes referências no estudo do direito internacional público no Brasil. É muito satisfatório ser orientado por quem acredita no direito internacional público e se empenha para que, cada vez mais, seu estudo se faça ouvido pela academia, poder público e sociedade.

Agradeço também a todos os funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os quais muito contribuem para esta instituição de qualidade notória, e não pouparam esforços para me ajudar quando precisei.

Agradeço a toda a comunidade acadêmica, a qual dá vitalidade e inspira questionamentos cada vez mais profundos sobre o direito e sobre as relações e condicionamentos sociais de um modo geral, motivando a produção acadêmica e dando vida à consciência crítica.

## RESUMO

Emílio Mendonça Dias da Silva. Direito Internacional e Coerência Sistêmica: o Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre Fragmentação Após um Decênio. 185 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 13 de janeiro de 2017.

Diante da expansão e diversificação do direito internacional público, das quais emergiram dúvidas sobre sua capacidade de conservar um sentido integrado ou se estaria sendo fragmentado, seja por ausência de normas que integrem os órgãos judicantes ou mesmo por ausência de critérios que calibrem a relação entre conjuntos normativos orientados a oferecer soluções jurídicas para diferentes demandas, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, constituindo um grupo de estudos para análise de tal questão em 2000, produziu um relatório abordando a possível fragmentação do direito internacional a partir dos potenciais conflitos normativos. O relatório foi concluído e apresentado em 2006, e, de lá para cá, causou relevante impacto sobre o trabalho de estudiosos do direito internacional, sobretudo aqueles que se dedicam a questões como fragmentação, unidade, coerência ou conflitos de normas. Este trabalho fará um levantamento de análises sobre o relatório, bem como eventuais influências indiretas em outras literaturas, relacionando-as aos próprios argumentos contidos no relatório, a fim de avaliar o impacto que ele produziu ao estudo do tema, transcorrido um decênio de sua conclusão.

**Palavras-chave:** Fragmentação ou Unidade. Coerência. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Relatório. Impacto.

## ABSTRACT

Emílio Mendonça Dias da Silva. *International Law and Systemic Coherence: the International Law Commission Report on Fragmentation After a Decennial*. 185 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo. 13h january 2017.

Face to expansion and diversification of public international law, of which it has arisen doubts about its capacity to conserve an integrated meaning or if it is being fragmented, by the absence of norms which integrate adjudicatory bodies or by the absence of norms which calibrate the relation among normative clusters shaped to design legal response to different demands, International Law Commission, constituting a study group to address such concern in 2000, produced a report, approaching the possible fragmentation of international law from potential normative conflicts. The report was concluded and presented in 2006 and, since then, it has caused relevant impact on the works of international law scholars, principally those who dedicate to analyse concerns such as fragmentation, unity, coherence or normative conflicts. This work will map analysis on the report, as well as indirect influences over other writings, relating to the arguments contained in the report, in order to evaluate the impact it has produced on the matter, after a decennial of its conclusion.

**Keywords:** Fragmentation or unity. Coherence. International Law Commission of United Nations. Report. Impact.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I: DIREITO INTERNACIONAL E O DEBATE SOBRE SUA FRAGMENTAÇÃO OU UNIDADE</b> .....	21
1.1. Fragmentação do direito internacional: possíveis significados.....	23
1.1.1. A dimensão institucional da fragmentação.....	29
1.1.1.1. Fragmentação e <i>forum shopping</i> .....	33
1.1.2. A dimensão sociológico-jurídica da fragmentação.....	35
1.2. Oposição à ideia de fragmentação do direito internacional.....	37
1.2.1. A percepção de constitucionalismo no direito internacional como eventual contraponto à ideia de fragmentação.....	43
1.3. Fragmentação como tendo aspectos negativos e positivos e fragmentação e constitucionalismo como fenômenos coexistentes.....	47
<b>CAPÍTULO II: A DISCUSSÃO SOBRE ‘LEX SPECIALIS’ E A FORMAÇÃO DE REGIMES AUTÔNOMOS NO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	50
2.1. A fragmentação nos três tipos de conflito identificados pelo relatório.....	51
2.2. ‘ <i>Lex specialis</i> ’ no direito internacional público.....	58
2.3. ‘ <i>Lex specialis</i> ’ e regimes autônomos ( <i>self-contained regimes</i> ).....	68
2.3.1. O problema de definição de “regimes autônomos”.....	68
2.3.2. Regimes autônomos: o debate sobre sistema e subsistemas de responsabilidade internacional do estado.....	72
2.3.3. Condições para a formação de regimes e sua relação com o direito geral .....	75
2.4. Direito geral especial? Normas primárias e secundárias?.....	83
2.5. ‘ <i>Lex specialis</i> ’ e regionalismo.....	85
<b>CAPÍTULO III: A DISCUSSÃO SOBRE FRAGMENTAÇÃO E NORMAS SUCESSIVAS NO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	92
3.1. O relatório e o debate sobre conflito entre normas sucessivas.....	93
3.2. A discussão sobre o artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.....	100

3.3. Norma anterior e posterior: validade ou prioridade?.....	103
3.3.1. Princípio da decisão política?.....	104
3.4. Cláusulas especiais que tratam da relação entre tratados.....	105
3.5. Acordos <i>inter se</i> que importam modificação de um tratado.....	109
3.6. A conclusão do relatório sobre normas sucessivas e fragmentação.....	114
<b>CAPÍTULO IV: <i>JUS COGENS</i>, CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, OBRIGAÇÕES ERGA OMNES E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>116</b>
4.1. Normas superiores: <i>jus cogens</i> e a Carta das Nações Unidas.....	117
4.2. A discussão do relatório sobre normas conflitantes com a Carta das Nações Unidas.....	119
4.3. O estudo do relatório sobre <i>jus cogens</i> e sua capacidade de solução de conflito normativo.....	124
4.4. O estudo do relatório sobre obrigações <i>erga omnes</i> .....	132
4.5. Conclusões do relatório sobre a prevalência da Carta das Nações Unidas, <i>jus cogens</i> e obrigações <i>erga omnes</i> .....	134
<b>CAPÍTULO V: FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTEGRAÇÃO SISTÊMICA.....</b>	<b>136</b>
5.1. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e integração sistêmica.....	137
5.1.1. A aplicação do artigo 31(3)(c) da CVDT.....	139
5.2. A proposta da técnica de balanceamento.....	149
5.3. Conclusões do relatório sobre “integração sistêmica”.....	150
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>153</b>

## **ABREVIATURAS**

CDI – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos.

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CNUDM – Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

OMC – Organização Mundial do Comércio.

ONU – Organização das Nações Unidas.

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

TPII – Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia.

## INTRODUÇÃO

O direito internacional<sup>1</sup> conviveu com formidável – alguns dirão conturbada – extensão dos campos sobre os quais deva oferecer solução jurídica, assim como um progressivo grau de diversificação, entendendo-se por isso não apenas o aumento de conteúdo, mas sua divisão em linhas temáticas a constituírem-se como “ramos” específicos de seu estudo. Às expansão e diversificação acompanha um aumento de instituições permanentemente estabelecidas para gerenciamento de demandas internacionalizadas. Particularmente na década de 1990, houve intensa criação de órgãos voltados à solução de controvérsias internacionais, o que suscitou suspeitas, por parte de alguns de seus estudiosos, sobre a capacidade do direito internacional em preservar sua uniformidade ou coerência. Os que entenderam haver um forte distanciamento de ditos conteúdos, sem apropriada vinculação ou interconexão entre eles, passaram a falar em “fragmentação” do direito internacional, sendo esta uma preocupação tanto institucional – a proliferação de tribunais internacionais, a partir da qual diferenças jurisprudenciais possam ser acentuadas sem a consentânea uniformização –, como substantiva, a tratar especificamente de conjuntos de normas adstritos temática ou territorialmente os quais reivindicam independência frente ao direito internacional geral, ao consagrar pressupostos, princípios e institutos próprios. Esta visão é geralmente confrontada por aqueles que ou proclamam sua unidade e coerência, ou descrevem o direito internacional a partir de fenômeno distinto e vocacionado à hierarquização e sistematização: a “constitucionalização”.

Oportunamente, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) decidiu promover estudo sobre a questão, o qual é compatível com a atribuição deste órgão, a lembrar que, atendendo ao artigo 13 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual a Assembleia Geral deve promover estudos sobre o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional, criou, aprovando seu Estatuto por meio da Resolução 174 (II) de 21 de novembro de 1947, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas para esta finalidade. O artigo 15 do Estatuto esclarece que o termo “codificação” significa “formulação” e “sistematização” de normas internacionais; de sorte que o debate sobre fragmentação, unidade ou coerência é evidentemente uma questão de sistematização do

---

<sup>1</sup> Por direito internacional, neste trabalho, entenda-se o direito internacional público. O chamado “direito internacional privado” não constitui seu objeto de estudo.

direito internacional, pois versa sobre a possibilidade ou impossibilidade de associação e de criação de critérios jurídicos que calibrem a relação entre normas, ou entre seus corpos especializados, de maneira que toda a composição do direito internacional possa ser descrita como sistema.

A inclusão do tema na agenda da CDI foi decidida na 52ª sessão, em 2000, a partir da recomendação de Gerhard HAFNER. Sua proposta, intitulada “*risks ensuing from fragmentation of international law*”, faz alusão ao fim da guerra fria e ao crescente aumento da fragmentação política acompanhado de interdependência global e regional no tocante a áreas vitais para as relações internacionais, como economia, ambiente, energia, recursos, saúde e proliferação de armas de destruição em massa. Lembra que mesmo em trabalhos anteriores da Comissão entendeu-se não haver uma ordem jurídica homogênea, mas partes erráticas e elementos diferentemente estruturados, os quais contém um lado positivo por garantirem a submissão de demandas sociais internacionalizadas ao direito, mas que igualmente podem resultar em fricções e contradições a ameaçar a consistência do direito internacional. O problema deveria, para ele, ser estudado pela Comissão, porquanto afeta a estabilidade do sistema jurídico internacional. Algumas características do direito internacional são levantadas por HAFNER para esclarecer o porquê da fragmentação do direito internacional: não há órgãos centralizados, as instituições do sistema internacional não impõem subordinação senão conduzem coordenação; a coerência do direito internacional estaria sendo ameaçada pelo crescente grau de especialização em linhas setoriais; há diferentes estruturas de conjuntos normativos no direito internacional, como a estrutura baseada no direito internacional clássico de relações eminentemente recíprocas entre estados, estrutura de normas insculpindo obrigações ao estado devidas aos indivíduos e estrutura de normas estabelecendo deveres oriundos e devidos a toda a comunidade de estados; há regulamentação paralela sobre os mesmos assuntos, por exemplo, no plano universal e regional; há regulação competitiva originada de diferentes regimes de direito, como as regulações comerciais e ambientais, as primeiras procurando impedir restrições ao comércio e as segundas, muitas vezes, contê-lo para fins de proteção ao ambiente; há um aumento do escopo do direito internacional o qual redundando no aumento de atores; há diferentes regimes de normas secundárias, entendendo-se como tais normas que estabelecem consequências por violações e condições sob as quais um estado pode ser considerado responsável. Enfim, HAFNER sustentou que este formato disperso do direito internacional

promove sua desintegração, ameaça sua autoridade e credibilidade. Recomendou, portanto, a elaboração de um relatório<sup>2</sup>.

A proposta foi aceita pela CDI na reunião 2717 de 8 de maio de 2002, presidida por Robert ROSENSTOCK. Para a composição deste grupo, Bruno SIMMA (Alemanha) foi designado à presidência, e teve como membros Emmanuel Akwei ADDO (Gana), Ian BROWNLIE (Reino Unido), Enrique CANDIOTI (Argentina), Christopher John Robert DUGARD (África do Sul), Paula ESCARAMEIA (Portugal), Giorgio GAJA (Itália), Zdzislaw GALICKI (Polônia), Maurice KAMTO (Camarões), James Lutabanzibwa KATEKA (Tanzânia), Fathi KEMICHA (Tunísia), Martii KOSKENNIEMI (Finlândia), William MANSFIELD (Nova Zelândia), Djamchid MOMTAZ (Irã), Bernd NIEHAUS (Costa Rica), Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA (Gabão), Alain PELLET (França), Pemmaraju Sreenivasa RAO (Índia), Roberto ROSENSTOCK (Estados Unidos da América), Bernardo SEPÚLVEDA (México), Peter TOMKA (Eslováquia), Hanqin XUE (China), Chusei YAMADA (Japão) e Valery KUZNETSOV (Rússia). Em uma primeira discussão, ocorrida na 54<sup>a</sup> sessão, em 2002, o grupo decidiu tomar a argumentação de HAFNER como ponto de partida para seu estudo, como também definiu que o problema da fragmentação seria tratado como consequência de sua expansão e diversificação; e que o grupo de estudos, apesar da extrema complexidade da questão, poderia ser produtivo sobre aspectos específicos, a oportunizar que o estudo se mantenha e se aprofunde. Houve também consenso de que a fragmentação do direito internacional não poderia ser tida como um fenômeno novo. Além disso, o grupo afirmou que seria importante abordar os aspectos positivos do fenômeno, como por exemplo, tratar-se de um sinal de vitalidade do direito internacional; ou que a proliferação de normas, regimes e instituições representaria fortalecimento do direito internacional, visto que novas áreas são submetidas à sua normatividade; além da possível conveniência em se tratar de um sistema jurídico constituído por vozes plurais, sendo, por isso, policêntrico. O título do trabalho foi considerado inapropriado nesta ocasião, *'Risks Ensuing from Fragmentation of International Law'*, por sua concepção preconcebidamente negativa: este deveria ser substituído por "difficults arising from the diversification of international law". O grupo trataria fragmentação como consequências indesejadas do processo de expansão e diversificação. Já nesta reunião, por outro lado, definiram-se algumas orientações ao trabalho, abstendo-se de

---

<sup>2</sup> HAFNER, Gerhard; *Risks Ensuing From Fragmentation of International Law*; Syllabuses on Topics Recommended for Inclusion in the Long-Term Programme of Work of the Comission (A/55/10) -2000.

esclarecer neste estágio qual metodologia seria adotada. Decidiu-se pela produção de um trabalho explanatório, o qual não abordaria a criação e a relação entre órgãos judicantes, apesar de que o estudo deveria considerar a possibilidade de normas serem aplicadas de modo diferente por eles. Tampouco se produziria estudo de comparação das ordens domésticas com o sistema internacional, visto que este seria completamente diferente daquelas, sobretudo em termos de hierarquia normativa. Alguns temas foram inicialmente propostos como relevantes ao estudo, a saber: a função e o escopo da *lex specialis* e regimes autônomos; a interpretação de tratados à luz de qualquer norma relevante à relação entre as partes, nos termos do artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT) e a relação com o caso “camarões”, apreciado pela sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC); a aplicação de tratados sucessivos que regulam um mesmo assunto; a modificação de tratados multilaterais por algumas de suas partes; relações hierárquicas em direito dos tratados: *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas como formas de solução de conflitos normativos. Foi definido, nesta reunião, que Bruno SIMMA elaboraria o estudo sobre *lex specialis* e regimes autônomos<sup>3</sup>.

Na reunião 2758, do dia 16 de maio de 2003, o presidente do grupo, Bruno SIMMA, disse ter concluído suas consultas sobre o tema e indicou Martii KOSKENNIEMI para substituí-lo à presidência. O relatório resultado da 55ª sessão<sup>4</sup> indica que o grupo fez distinção, a partir de leituras sobre a questão, entre a perspectiva institucional – coordenação e hierarquia institucional - e substantiva do problema, tratando esta última dos conteúdos jurídicos organizados em regimes especiais os quais confrontam uns aos outros. Reforçou-se a preferência do grupo pelo aspecto substantivo, assimilando três diferentes tipos de conflito a serem estudados: conflito a partir de diferentes interpretações acerca do direito internacional, tendo como foco decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII); conflito originado de um corpo normativo especial com o direito internacional geral, cujo estudo se faria sobre o caso

---

<sup>3</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law (A/CN.4/L.628)*; Agosto de 2002. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml) (último acesso: 12.11.2016).

<sup>4</sup> Este relatório tivera a participação dos seguintes membros: Martii KOSKENNIEMI, Emmanuel ADDO, Ian BROWNLIE, Choung II CHEE (República da Coreia), Pedro COMISSÁRIO AFONSO (Moçambique), Riad DAOUD (Síria), Christopher John Robert DUGARD, Paula ESCARAMEIA, Giorgio GAJA, Zdzislaw GALICKI, James Lutabanzibwa KATEKA, Fathi KEMICHA, Roman Anatolyevich KOLODKIN (Rússia), William MANSFIELD, Michael J. MATHESON (Estados Unidos da América), Teodor Viorel MELESCANU (Romênia), Djamchid MOMTAZ, Víctor Rodríguez CEDEÑO (Venezuela), Robert ROSENSTOCK (Estados Unidos da América), Bernardo SEPÚLVEDA, Hanqin XUE e Chusei YAMADA.

“*Belilos*”, apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH); conflito entre dois campos especializados do direito internacional, como o direito do comércio internacional e ambiental. Já a esta altura, o grupo observou que produziria estudo sobre critérios de solução de conflito normativo. O trabalho foi dividido da seguinte forma: a interpretação de tratados à luz do artigo 31 (3) (c) seria estudado por William MANSFIELD; a aplicação de tratados sucessivos sobre um mesmo assunto ficaria ao cargo de Riad DAOULI; as relações normativas hierárquicas seriam estudadas por Zdzislaw GALICKI. Na ocasião, também houve discussão a respeito da função e do escopo da *lex specialis* e dos regimes autônomos, diante da estudo inaugural de SIMMA sobre o tema: houve a distinção dos três tipos de conflitos, já esclarecidos, alertando-se para o fato de que a fragmentação decorrente de diferentes interpretações do direito internacional não é questão de *lex specialis*; considerou-se a natureza de *lex specialis*, sua aceitação e racionalidade, o aspecto relacional da distinção entre geral e especial, e a aplicação de *lex specialis* sob o critério do “mesmo assunto”; entendeu-se a função de *lex specialis* tanto como aplicação do direito geral como exceção, devendo o estudo contemplar ambas as situações. Decidiram, apesar da divergência, que o chamado direito regional deveria ser estudado neste tópico. Sobre os chamados ‘regimes autônomos’, discutiu-se se seu conceito deveria se limitar a conjuntos os quais contém normas primárias e secundárias, bem como se identificou dificuldade na diferenciação de normas primárias e secundárias. Entendeu-se que *lex specialis* e regimes autônomos seriam discutidos sob o plano de fundo do direito internacional geral. Por outro lado, considerações extremamente abstratas, como se o direito internacional pode ser visto como um sistema único, não foram tidas como necessárias pelo grupo de estudo, de sorte que este deveria se concentrar em questões jurídicas e analíticas, assim como possíveis guias a serem considerados pela Comissão<sup>5</sup>.

Na 56ª sessão, ocorrida em 28 de julho de 2004, o grupo foi reconstituído<sup>6</sup>. Afirmou-se que o grupo produziria um trabalho coletivo, a ser apresentado à Comissão em 2006, o qual incorporaria grande parte da substância dos trabalhos individuais,

---

<sup>5</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficults Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (A/CN.4/L.644); 18 de julho de 2003.

<sup>6</sup> Compuseram o grupo: Martii KOSKENNIEMI, Husain M. AL-BAHARNA (Bahrein), Choung II CHEE, Pedro COMISSÁRIO AFONSO, Ian BROWNLIE, Riad DAOUD, Paula ESCARAMEIA, Giorgio GAJA, Zdzislaw GALICKI, James Lutabanzibwa KATEKA, Fathi KEMICHA, Anatolyevich KOLODKIN, William MANSFIELD, Michael J. MATHESON, Teodor Viorel MELESCANU, Djamchid MOMTAZ, Bernardo SEPÚLVEDA, Didier Opertti BADAN (Uruguai), Pemmaraju Sreenivasa RAO, Hanqin XUE e Chusei YAMADA.

complementados ou modificados, porém, ao longo das discussões do grupo. Sua proposta seria tanto conceber um estudo substantivo como oferecer guia sobre como lidar com a fragmentação do direito internacional. O presidente do grupo (KOSKENNIEMI) fez uma série de considerações a respeito de *lex specialis* e regimes autônomos, bem como anunciou que produziria um relatório suplementar para 2005; notou que há três diferentes sentidos nos quais o termo “regime autônomo” seria utilizado. Igualmente, Teodor MELESCANU apresentou seu estudo, nesta oportunidade, sobre normas sucessivas: considerou o estudo preparatório da Comissão de Direito Internacional à CVDT, especialmente acerca de seu artigo 30, e considerações sobre a relação de tratados sucessivos com hierarquia normativa, *lex prior, lex posterior*; pontuou que a emergência de tratados sucessivos sobre o “mesmo assunto” era consequência do aumento da cooperação internacional em resposta a novas demandas. A situação vista como relacionada ao tema da fragmentação seria a possibilidade de não haver identidade entre as partes as quais ratificam os tratados sucessivos. Ademais, esclareceu que o critério anunciado pela CVDT não se dá em termos de validade normativa. Não houve análise sobre suspensão e terminação de tratados internacionais. Foi aduzido, entretanto, que os estados poderiam estabelecer prioridades entre tratados sucessivos, sendo uma possível análise futura a possibilidade de os estados escolherem qual tratado cumprirá e os possíveis limites a tais escolhas, bem como se a distinção de obrigações “integrais” ou “absolutas”, em contraposição a acordos *inter se*, poderia ser instrutiva neste ponto. Riad DOUDI, por sua vez, apresentou seu estudo sobre a modificação de tratados multilaterais por determinadas partes. Lidou-se com a possibilidade de derrogação de tratados multilaterais por acordos *inter se* originar duas categorias de relações jurídicas: as relações gerais e relações especiais. Neste aspecto, afirmou-se o dever de preservação dos interesses das partes no tratado original, o dever de preservação do objeto e propósito deste tratado, e a necessária distinção de obrigações “absolutas” ou “interdependentes”, embora se tenha reconhecido que a CVDT não esclarece situações específicas de permissibilidade aos referidos acordos. Por isso, reputou-se oportuno revisar o estudo. William MANSFIELD apresentou estudo sobre a aplicação do artigo 31 (3) (c) da CVDT, o qual viabiliza a consideração de qualquer norma relevante entre as partes para fins de interpretação de um tratado. MANSFIELD levantou uma série de julgados em que a máxima foi aplicada. Nesta senda, sustentou que o mecanismo não tem utilidade para solução da fragmentação do direito internacional, a menos que um tratado apresente um problema sobre sua própria interpretação: este só poderia ser invocado caso houvesse falta de clareza ou ambiguidade no tratado. De todo modo, o estudioso abordou questões relacionadas ao tempo do tratado a

ser considerado relevante; como também foi identificado um problema consistente no fato de a CVDT não dizer como este recurso se aplica no caso de não identidade entre partes de um tratado. O dispositivo tampouco esclareceria como essas outras normas devem ser levadas em consideração, qual o peso a ser atribuído a elas. Por fim, Zdzislaw GALICKI apresentou estudo sobre hierarquia normativa: *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas. O grupo de estudo decidiu que a análise deveria se limitar à capacidade de tais qualidades normativas de primazia ou prioridade resolver conflitos normativos. Porém, discutiu-se a distinção entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, bem como se as últimas poderiam produzir o mesmo efeito do primeiro<sup>7</sup>.

Em 2005, ocorreu a 57<sup>a</sup> sessão. Reafirmou-se a intenção do grupo de produzir estudo sob os auspícios da CVDT, por ser esta a análise da fragmentação em seu aspecto substantivo, excluindo-se o aspecto institucional. O estudo deveria se constituir como um guia à prática do direito internacional, bem como deveria envolver a atuação de órgãos pertencentes aos seus diferentes “ramos”, para captar meios diversos de identificação e administração de conflitos. Nesta oportunidade, convencionou-se que o estudo se dividiria em duas partes: a primeira direcionada à percepção do fenômeno da fragmentação; e uma segunda que faria alusão a conclusões, guias e princípios identificados ao longo do estudo. Particularmente, discutiu-se um memorando sobre “regionalismo”, e o ocasional sentido jurídico que o termo pode denotar. Confirmou-se a decisão de que regionalismo deveria ser estudado conjuntamente com a função e o escopo da *lex specialis* e regimes autônomos, aplicando-se conclusões similares destes naquele. Normas regionais, ou conjuntos delas, deveriam ser tratadas como um tipo de *lex specialis*, apesar de ter havido divergências sobre dita associação. De toda sorte, decidiu-se que o estudo sobre regionalismo não deveria abarcar discussões sobre relativismo cultural, tendo escopo mais estritamente técnico-jurídico. No seio da discussão sobre regionalismo, entendeu-se necessária, também, a promoção de estudo sobre “cláusulas de desconexão”. Sobre o debate a respeito do artigo 31 (3) (c) da CVDT, revisou-se o original estudo de William MASFIELD: entendeu-se que o dispositivo oportunizaria interpretar tratados sob sua relação com outros, o que permitiria entender o direito internacional enquanto sistema. Preferiu-se falar em “objetivo” de integração sistêmica, em vez de “princípio”. Ademais, concordou-se que a integração

---

<sup>7</sup> Comissão Internacional de Direito Internacional; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficults Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (A/CN.4/L.663/Rev. 1); 28 de julho de 2004.

sistêmica contemplaria o costume e os princípios gerais do direito. O Trabalho de GALICKI foi igualmente revisado: houve discussão sobre *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas como formas de solucionar conflitos normativos. Tais elementos indicariam uma hierarquização do direito internacional, de modo que o estudo não excluiria outras formas. Todas as categorias normativas conteriam dificuldades próprias: não há uma norma jurídica indicando quais normas correspondem a *jus cogens*; as obrigações *erga omnes* possuem caráter demasiado genérico e envolvem o interesse jurídico de todos os estados; a previsão do artigo 103 da Carta das Nações Unidas só se aplica aos seus membros<sup>8</sup>.

Finalmente, na 58ª sessão, em 13 de abril de 2006, foi apresentada a versão final do relatório do grupo de estudos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas: “*Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades Advindas da Diversificação e Expansão do Direito Internacional*”, o qual foi finalizado por Martii KOSKENNIEMI.

Para fins de praticidade, neste trabalho, o estudo da CDI será referido por “relatório”. Além da introdução, ele contém cinco capítulos: o primeiro trata de fragmentação enquanto fenômeno, visando identificar seus possíveis efeitos e significados; o segundo versa sobre conflitos entre norma especial e norma geral – incorporando os estudos sobre *lex specialis*, regimes autônomos e regionalismo; o terceiro analisa conflitos entre normas sucessivas, o qual incorpora a modificação de tratados por acordos *inter se* e as chamadas “cláusulas de desconexão”; o quarto avalia relações de importância normativa, *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e artigo 103 da Carta das Nações Unidas; e o último presta-se a estudar a integração sistêmica – artigo 31 (3) (c) da CVDT.

O relatório é o objeto de estudo da presente pesquisa. Pretende-se aferir cada argumento constante de sua versão final, e relacioná-lo a outros escritos posteriores, a fim de se compreender o impacto que o relatório produziu tanto na literatura que problematiza fragmentação e unidade do direito internacional, como aquela que cuida da solução de conflitos normativos nesta dimensão do direito. Estudos os quais tratam de uma categoria temática específica do direito internacional e que, seja para demonstrar os efeitos de

---

<sup>8</sup> Comissão Internacional de Direito Internacional; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficults Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (A/CN.4/L.676/Rev. 1); 29 de julho de 2005.

fragmentação sobre tais domínios seja para avaliar possíveis interseções temáticas e, para tanto, recorrem aos argumentos do relatório, também serão contemplados.

Uma vez que a presente dissertação se volta à discussão de cada ponto tratado pelo relatório, seguir-se-á, de maneira geral, sua organização. O primeiro capítulo pretende contextualizá-lo, porquanto as impressões gerais do relatório coletam pressupostos desenvolvidos por toda a discussão sobre unidade, fragmentação e coerência a qual o antecedeu. É o único capítulo que não se ocupa em saber onde o relatório deu, mas de onde ele veio. Entende-se que dito levantamento é de vital importância para compreensão do próprio relatório, especificamente acerca de seus pressupostos teóricos, como também oportuniza a reflexão sobre se o relatório adere, completa ou parcialmente, a base teórica sobre fragmentação do direito internacional. A maior parte da literatura tratada neste capítulo é anterior ao relatório, o que se justifica por sua finalidade, embora, quando salutar à compreensão das diferentes perspectivas contidas no debate, recorreu-se a escritos posteriores. A este corpo de estudos, o primeiro capítulo do relatório, o qual trata da fenomenologia da fragmentação do direito internacional, é relacionado.

Por seu turno, o segundo capítulo trata do estudo do relatório sobre *lex specialis* e regimes autônomos. Os termos do relatório sobre este ponto são contrapostos a literaturas posteriores que se dedicaram ao mesmo assunto. Ora tais estudos são críticas diretas ao relatório, ora são posicionamentos que o tem como demonstração acerca da realidade da especialização temática e territorial no direito internacional, os quais a ele recorrem para analisar seus efeitos sobre campos também específicos.

O terceiro capítulo se ocupa da análise final do relatório acerca da relação entre normas sucessivas no direito internacional, o que, igualmente, é relacionado a escritos posteriores. Demonstrar-se-ão seus efeitos na literatura jurídica, como igualmente as posteriores avaliações sobre a capacidade da CVDT, neste aspecto, solucionar conflitos normativos.

O quarto capítulo lida com a discussão do relatório sobre elementos de hierarquização normativa no direito internacional: *jus cogens*, obrigações *erga omnes*, e o

artigo 103 da Carta das Nações Unidas. Embora não seja o mais controvertido entre todos os temas tratados pelo relatório, há críticas pontuais às suas conclusões.

Finalmente, o quinto capítulo cuida da discussão do relatório sobre o artigo 31 (3) (c) da CVDT, correspondendo ao objetivo de integração sistêmica. Este capítulo esclarecerá sua repercussão acadêmica, como os três anteriores. Há neste caso, também, consideráveis críticas dirigidas à abordagem do relatório.

Nestes termos, após percorrido todos esses passos, pretende-se analisar o impacto do relatório sobre a discussão acerca da unidade, coerência ou fragmentação do direito internacional.

O debate sobre a coerência sistêmica do direito internacional é extremamente rico ao seu conhecimento enquanto estrutura jurídica, como também serve para a percepção e críticas sobre o sentido e o futuro desta dimensão do direito. Conhece-se melhor o direito internacional a partir da análise da interação entre normas ou de órgãos voltados a aplicá-las. Por isso, independentemente da posição que se venha a tomar, entre fragmentação ou unidade, seu estudo parece sempre importante e convidativo. O presente trabalho enxerga o estudo do relatório produzido pela CDI como absolutamente relevante ao tema, sobretudo considerando as atribuições deste órgão, assim como tem como irrefragavelmente salutar a análise de seu impacto na literatura jurídica internacional.

Por outro lado, alerta-se que fragmentação, unidade e coerência são percepções sobre o todo do direito internacional. Disso resulta que, além do tema apresentar alto grau de dificuldade, ricos conteúdos são incluídos em propostas delimitadas. Inevitavelmente, o pesquisador terá de escolher uma abordagem de estudo, entre tantas possíveis. Muitas vezes argumentos centrais ao debate não são incluídos em trabalhos específicos sobre o tema, o que faz com que cada leitura seja um “garimpo”. Para obter êxito na produção deste trabalho, procurou-se escritos mais intimamente ligados às questões debatidas pelo relatório.

## **CAPÍTULO I – DIREITO INTERNACIONAL E O DEBATE SOBRE SUA FRAGMENTAÇÃO OU UNIDADE.**

A percepção da fragmentação do direito internacional tem caráter ontológico. Consiste em preocupação com a coerência entre órgãos judicantes ou até mesmo entre os diferentes sistemas (ou subsistemas) normativos os quais compõem o direito internacional. O que se acredita corresponder à fragmentação do direito internacional, assim, é apresentado ora como um problema institucional, no qual os órgãos judicantes do direito internacional apresentariam um distanciamento jurisprudencial uns em relação aos outros, porque inexistem mecanismos que conduzam a um desenvolvimento integrado; ora se apresenta como uma preocupação substantiva, segundo a qual os próprios conteúdos normativos que compõem o direito internacional são inseridos em regimes autônomos e, por isso, não contém um grau satisfatório de coerência jurídica.

Acredita-se, dentro deste raciocínio, que o recente desenvolvimento normativo do direito internacional se estabeleceu a partir de sistemas especializados e estanques; se firmou sobre uma sociedade já fragmentada, cuja diferenciação funcional e operacionalização de interesses específicos originam um mosaico normativo, e que este formato disperso do direito internacional oportuniza escolhas de enfoques condizentes com um “ramo” do direito internacional que seja favorável aos interesses de quem o invoca.

Como se as engrenagens de uma máquina estivessem dispostas distantemente uma da outra, sem ocasionar o ponto de encaixe em que engrenam, prejudicando seu funcionamento integrado, a fragmentação do direito internacional representaria, deste modo, uma ameaça à unidade do direito internacional.

De acordo com o relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a possível fragmentação do direito internacional é objeto de preocupação há pelo menos meio século<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission – Finalized by Martti Koskenniemi*; p. 10. Anne-Charlotte MARTINEAU argumenta que esta preocupação aparece em intervalos regulares desde a metade do século XIX

Apesar de esta preocupação poder remontar a período anterior, muitos trabalhos escritos principalmente no final da década de 1990 consolidam um novo movimento de teóricos dispostos a discutir os contornos do fenômeno. Este novo movimento se desenvolve em um contexto em que há uma expressiva ampliação de órgãos voltados a soluções de controvérsias.

Se os estudos que inauguraram esta recente onda de preocupações com a fragmentação do direito internacional apresentaram, em um primeiro momento, o problema como sendo marcadamente institucional, vez que focado na “proliferação” de tribunais internacionais; logo o problema passou a ser apresentado como lógico-normativo, ou seja, como um problema de coerência sistêmica entre as próprias normas ou conjunto de normas do direito internacional.

O relatório, o qual foi finalizado no ano de 2006, expõe ambas as perspectivas acerca do tema, embora escolha analisar a questão sob a segunda perspectiva.

Neste capítulo, portanto, pretende-se levantar a base teórica que sustenta os pressupostos do relatório. Buscar-se-á representar o fenômeno da fragmentação do direito internacional primeiramente enquanto um problema institucional, e posteriormente o problema será descrito como sociológico-jurídico a partir da literatura que assim o trata, o qual se explica a partir da diferenciação funcional<sup>10</sup>. Em seguida, analisar-se-ão os argumentos contrários à existência da fragmentação do direito internacional, o que será seguido de uma análise sobre o viés intermediário, qual seja, a noção de que a fragmentação do direito internacional apresenta elementos positivos e negativos. Neste viés intermediário, contemplar-se-ão, igualmente, posições as quais reconhecem verdade tanto na constitucionalização quanto na fragmentação do direito internacional.

Com isso, o capítulo se presta a esclarecer os termos gerais do debate a respeito do fenômeno, oferecendo o contexto dentro do qual a formulação do relatório se insere.

---

(MARTINEAU, Anne-Charlotte; *The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law*; *Leiden Journal of International Law*; 2009; p. 4).

<sup>10</sup> A diferenciação funcional que marca a sociedade internacional é um dos claros pressupostos do relatório. Como se mostrará, este pressuposto condiciona sua percepção sobre os chamados “regimes autônomos”.

### 1.1. Fragmentação do direito internacional: possíveis significados.

O direito internacional passou, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, por ampla transformação no sentido de sua institucionalização, a contar com órgãos permanentemente estabelecidos para gerenciamento de interesses comuns da humanidade, incluindo órgãos judiciais e quase judiciais para solução de controvérsias. Também passou a reger assuntos e assumir tutelas que antes eram reservados à regulação exclusiva dos estados.

Na clássica formulação de Wolfgang FRIEDMANN, as transformações do direito internacional fazem com que duas dimensões de direito sejam associadas: a primeira segue a lógica do direito internacional clássico, estabelecendo normas de coexistência, cujo objetivo é assegurar as integridades e o relacionamento pacífico entre estados, sob o primado da soberania nacional<sup>11</sup>; a segunda se refere a uma dimensão de cooperação que, diferentemente da primeira, não se constitui por normas essencialmente negativas – obrigando os estados a se absterem de certas práticas – mas estimula os estados a prestações positivas para consecução de objetivos comuns. A fim de coordenar tal cooperação de interesses compartilhados, o direito internacional passou a contar com órgãos internacionais permanentes<sup>12</sup>.

No entanto, as profundas transformações do direito internacional contemplaram diversas esferas de desenvolvimento normativo e institucional, tendo em vista a formação de sistemas jurídicos entre estados com proximidade geográfica, originando a convivência entre o sistema universal e sistemas locais de direito internacional, bem como a formação de regimes jurídicos especiais, contemplando o desenvolvimento jurídico e institucional com adstrição temática e aprimoramento técnico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> FRIEDMANN; Wolfgang; *Mudança de Estrutura do Direito Internacional*; 1971. “O objeto principal destas normas de coexistência é a regulamentação dos requisitos de comunicação diplomática mútua e, em particular, das normas de respeito mútuo à soberania nacional” (FRIEDMANN; p. 51).

<sup>12</sup> Idem; p. 52.

<sup>13</sup> DUPUY, Pierre-Marie; *L'unité de l'ordre juridique international*; (297) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*; 2002; p. 35 – “Pour autant, les développements ultérieurs du phénomène institutionnel devaient bientôt démontrer que, si l'organisation intergouvernementale tend à se détacher de ses créateurs, les Etats l'élisent aussi, souvent, comme le lieu renouvelé de leurs rivalités autant que de leur solidarité. Facteur d'intégration, son fonctionnement peut également s'avérer l'occasion d'affrontements. Organisatrice de la conciliation des pouvoirs concurrents, elle peut devenir le siège sinon l'enjeu de leur confrontation. Il s'ensuit que le <<droit international institutionnel>> non seulement ne se substituera jamais au <<droit international relationnel>>, comme l'avait du reste toujours souligné René Jean-Dupuy, mais qu'il ne joue que très partiellement le rôle d'unificateur et de pondérateur de la coexistence des souverainetés,

Esta formação de variados subsistemas jurídicos suscita dúvidas a respeito da capacidade de integração entre sistemas e posiciona estudiosos entre os que acreditam que o processo disperso de desenvolvimento normativo representa a fragmentação do direito internacional e os que não enxergam no seu desenvolvimento este caráter, além daqueles que se dedicam a propor soluções ao problema.

Segundo o relatório, Wilfred JENKS foi quem primeiro vislumbrou a possibilidade da fragmentação do direito internacional, ao constatar que a formulação de tratados tenderia a se circunscrever por grupos funcionais ou regionais separados uns dos outros; além de as revisões de tratados multilaterais vincularem apenas os estados que delas participam, o que dificultaria a formação de padrões normativos comuns<sup>14</sup>.

JENKS, discorrendo sobre os elementos de transformação do direito internacional em 1958, considerou não haver contrariedade inerente entre sistemas universal e regionais, mas uma possível complementariedade e desenvolvimento mútuo<sup>15</sup>. Reconheceu, no entanto, a possibilidade – e até a previsibilidade - de haver desacordos entre tais sistemas<sup>16</sup>.

Escrevendo para o *British Yearbook of International Law*, o autor afirma que o problema em questão ocorre em relação a conflitos entre instrumentos multilaterais, cujos grupos associados são idênticos, mas os instrumentos operam em diferentes “órbitas funcionais”<sup>17</sup>. Daí sua menção no relatório: ele teria identificado que as normas jurídicas internacionais são desenvolvidas dentro de sistemas de direito que ofereceriam pouco diálogo entre si. E isso porque, segundo JENKS, o mundo ainda seria muito grande e diversificado para permitir uma estrutura jurídica unificada<sup>18</sup>.

O relatório parte do pressuposto de que a sociedade moderna – e particularmente a sociedade internacional - é caracterizada pelo que sociólogos chamam de “diferenciação funcional”, isto é, por “ramos” tecnicamente especializados os quais reivindicam relativa autonomia em relação aos demais. Esta operacionalização técnica ocorreria no direito

---

concurrent même em certain cas, comme on y reviendra plus loin, à renforcer les menaces de fragmentation de l’ordre juridique international”.

<sup>14</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 10.

<sup>15</sup> JENKS, Wilfred; *El derecho comum de la humanidad*; Editora Tecnos; Espanha; 1968; p. 208.

<sup>16</sup> Idem; pp. 208 e 209.

<sup>17</sup> JENKS, Wilfred; *The Conflict of Law-Making Treaties*; 1953; p. 404.

<sup>18</sup> Idem; p. 404.

internacional, constituindo diferentes esferas de prática jurídica entre as quais não há uma visão integrada<sup>19</sup>.

Para ilustrar o que se pode considerar por fragmentação do direito internacional, o relatório faz referência ao caso da Usina de MOX. Trata-se de um litígio envolvendo a Irlanda e o Reino Unido acerca da instalação, pelo Reino Unido, de uma planta de combustível MOX (*Mixed Oxide Fuel*), a partir da qual a Irlanda, temendo que a usina causasse danos ambientais irreversíveis em seu mar, constituiu um procedimento arbitral, em 2001, fundamentado na Convenção para Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste (Convention for the Protection of the marine Environment of the North-East Atlantic – OSPAR).

A Irlanda reivindicou, em tal procedimento, o acesso a informações técnicas que atestassem a segurança do empreendimento para o ambiente marinho<sup>20</sup>. No mesmo ano, considerando que o Reino Unido não suspendeu a instalação da usina, a Irlanda peticionou ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, requerendo a suspensão das atividades como medida acauteladora<sup>21</sup>. O Tribunal negou a suspensão das atividades da usina, embora tenha considerado que as partes devem cooperar e monitorar os riscos ambientais<sup>22</sup>.

O procedimento arbitral fundado em instrumento regional (*OSPAR Arbitration*) ainda se encontrava pendente de solução quando a Irlanda decidiu constituir novo procedimento arbitral, em 2002, desta vez fundamentado em instrumento de caráter geral, qual seja, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Nele, a Irlanda aborda questões mais intimamente ligadas à proteção do ambiente marinho – e não unicamente ao dever de prestar informações científicas sobre a segurança do empreendimento - considerando o fato de ter o mar com maior poluição radioativa do mundo; considerando a recente descoberta de um giro oceânico em seu mar, o qual, dada a falta de fluidez das águas, impossibilitaria a saída de resíduos radioativos; e invocando o dever do Reino Unido em evitar a poluição do ambiente marinho. Objetou, ademais, que dentro do processo de utilização do referido combustível há necessariamente sobras radioativas, as

---

<sup>19</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 11.

<sup>20</sup> Memorial da Irlanda, no procedimento arbitral constituído perante a Corte Permanente de Arbitragem, caso “Ireland vs. United Kingdom (OSPAR Arbitration)”, p. 7

<sup>21</sup> Pedido de Medidas Provisórias da Irlanda junto ao Tribunal Internacional do Direito do Mar

<sup>22</sup> Tribunal Internacional do Direito do Mar; Decisão sobre o pedido de medidas provisórias.

quais podem ser encapsuladas e depositadas em estruturas geológicas firmes ou vaporizadas, o que, de uma forma ou de outra, poderia resultar em poluição do mar<sup>23</sup>.

Em sua defesa, neste segundo procedimento, considerando que a Irlanda fez referência a outros instrumentos que não a CNUDM, o Reino Unido alegou que a jurisdição do procedimento arbitral fundamentado na Convenção estaria confinada à aplicação e interpretação de seus próprios dispositivos<sup>24</sup>; a própria Convenção condicionaria a aplicação de outros instrumentos à aceitação das partes. Ademais, dada a menção, pela Irlanda, de instrumentos de caráter regional, somente um órgão pertencente ao sistema da União Europeia teria jurisdição sobre o caso<sup>25</sup>.

Ao que o procedimento arbitral fundado na *OSPAR* foi decidido em 2003 – negando-se a pretensão irlandesa por ausência de clara demonstração que a usina apresentaria riscos ao ambiente marinho – a Comissão Europeia, que vinha atuando paralelamente aos procedimentos arbitrais, ajuizou uma ação no Tribunal de Justiça da União Europeia, pugnando a censura à Irlanda por transgredir o seu dever de recorrer a órgãos pertencentes ao sistema regional para solução de controvérsias surgidas entre seus membros. Em trinta de maio de 2006, foi proferida a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, censurando a Irlanda pelo desrespeito à sua competência exclusiva para as matérias relativas a tratados firmados no seio da ordem jurídica comunitária<sup>26</sup>.

Em seis de junho de 2008, o Tribunal Arbitral emitiu nota de extinção do segundo procedimento, no qual a Irlanda oferece argumentação científica e jurídica mais apurada a respeito da instalação da usina, considerando, dentre outros motivos, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Com efeito, para aqueles que acreditam estar o direito internacional diante de sua fragmentação, o caso da usina de MOX é extremamente simbólico, na medida em que apresentaria um choque entre sistemas normativos, regional e universal, resultando em censura por recorrer ao segundo.

---

<sup>23</sup> Memorial apresentado pela Irlanda ao Tribunal Permanente de Arbitragem, “Ireland vs. United Kingdom (MOX Plant case).”

<sup>24</sup> Dispõe o artigo 288 (2) da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar o seguinte: “a corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 tem também jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com esse acordo”.

<sup>25</sup> Contramemorial apresentado pelo Reino Unido, “Ireland vs. United Kingdom (MOX Plant case).”

<sup>26</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, processo C – 459/03; p. I – 4693.

Nos termos do relatório, o caso evidencia difíceis questões: “como relacionar os complexos normativos? Quais princípios devem ser empregados em caso de conflitos entre sistemas?” E ainda questões mais graves, pois, segundo diz, os problemas subjacentes à fragmentação do direito internacional teriam faceta institucional, considerando eventuais conflitos de competência; ou lógico-normativa, considerando que o Tribunal Internacional do Direito do Mar, decidindo o pedido de medidas provisórias, proclamou que mesmo que haja semelhança ou identidade entre as disposições de instrumentos geral e regional, estes contêm direitos e obrigações que existem separadamente<sup>27</sup>. O relatório toma o exemplo do caso da usina de MOX como um exemplo expressivo da existência da fragmentação do direito internacional.

Deste modo, a possível fragmentação do direito internacional é percepção segundo a qual este teria germinado esferas de desenvolvimento normativo de existências separadas e que postulam independência frente aos demais. O que foi tratado por JENKS como “órbitas funcionais”, é referido como “caixas” por KOSKENNIEMI e categorizado como “feudalismo normativo” por Pierre-Marie DUPUY.

Martti KOSKENNIEMI – a quem se incumbiu da finalização do relatório da Comissão de Direito Internacional – escreveu uma série de artigos a respeito do tema. Ele sustenta que o direito internacional, oscilando entre o etos cosmopolita e a especialização técnica, foi recentemente separado em regimes funcionais – como direito do comércio, direitos humanos, direito ambiental – para gerenciar problemas, criando-se novas formas de expertise. A situação é, para ele, comparável à formação do Estado-Nação ao final do século XIX; objetando, porém, que se os estados são “comunidades imaginárias”, os regimes jurídicos especializados também o são<sup>28</sup>.

O autor acredita que a estratégia de consolidação da técnica do direito internacional - estratégia esta que visa seu reconhecimento enquanto ramo do direito similar ao direito doméstico a partir de seu aprimoramento técnico - constitui seu principal problema hodierno: a formação de regimes especializados que delegam o poder decisório aos especialistas apontados pelo órgão fiscalizador, dos quais decorre um isolamento ou distanciamento

---

<sup>27</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 13.

<sup>28</sup> KOSKENNIEMI, Martti; *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*; 2007; p. 1.

funcional, resultando em incoerência sistêmica<sup>29</sup>. A setorialização da prática jurídica internacional seria, assim, um dos elementos da fragmentação.

Pierre-Marie DUPUY, por sua vez, o qual se dedica a analisar os elementos característicos da ordem jurídica internacional atual, questiona se a transformação do direito internacional é capaz de conservar sua unidade. Para ele, paralelamente à extensão do campo de aplicação do direito internacional, bem como sua crescente complexidade técnica, origina-se um novo problema: sua unidade, considerada tanto sob o aspecto formal como material. O aspecto formal diz respeito – analisa o autor, dialogando com BOBBIO e HART – às regras secundárias, de reconhecimento, produção e julgamento; já o aspecto material é factual, relativo à atuação das instituições internacionais, e mesmo dos estados, que, a despeito dos valores morais consagrados na Carta das Nações Unidas, revela-se precária, exemplificando-se com a inércia diante de graves violações como o genocídio em Ruanda<sup>30</sup>.

DUPUY salienta, inclusive, que a ameaça à unidade do direito internacional tem como fatores a multiplicação de ordens jurídicas parceladas, constituídas pelas organizações internacionais com base em seus atos constitutivos, assim como o aumento de jurisdições internacionais – regionais e universais -, e a proliferação de sistemas especializados de controle da juridicidade internacional<sup>31</sup>.

A este contexto fragmentário, em que o desenvolvimento jurídico ocorre a partir da operacionalização técnica no seio de regimes jurídicos especializados, o autor dirige sua crítica, segundo a qual o direito internacional estaria assistindo a emergência de um “feudalismo normativo”, a designar a formação de regimes os quais primam por privilegiar suas próprias normas sobre quaisquer outras<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Idem; pp. 2 – 4.

<sup>30</sup> DUPUY; Pierre-Marie; Op. Cit. Nota 5; p. 39. DUPUY entende a fragmentação do direito internacional como consequência das bases materiais da sociedade internacional, notadamente como efeito ao fenômeno da globalização.

<sup>31</sup> Idem; p. 40.

<sup>32</sup> Ibidem; p. 429.

### 1.1.1. A dimensão institucional da fragmentação.

Abordando o aspecto institucional da questão, Georges ABI-SAAB, em 1999, sustentou que o direito internacional, desde os anos 1950, além da sofisticação de seus institutos tradicionais, conviveu com expressiva extensão de seus campos especializados. Embora os sistemas internos de cada estado também possuam órgãos judicantes especializados, estes teriam precisas delimitações de seus âmbitos de jurisdição em relação à jurisdição geral; além de tais órgãos estarem submetidos ao controle de órgãos superiores. Já no direito internacional, a existência de órgãos judicantes especializados ameaça sua coesão, precisamente por não haver delimitação de funções<sup>33</sup>.

Sendo o maior grau de especialização e a divisão do trabalho consequências de maior complexidade do sistema institucional, a busca pela unidade deve ser correspondentemente maior, na opinião de ABI-SAAB, visto que esta se torna mais difícil de manter em razão dos efeitos centrífugos da especialização<sup>34</sup>.

Neste mesmo sentido, Martti KOSKENNIEMI e Päivi LEINO demonstram que a preocupação acerca da fragmentação entre órgãos judicantes foi manifestada por sucessivos presidentes da Corte Internacional de Justiça na Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>35</sup>. De fato, em discurso proferido em outubro de 1999, o juiz Stephen M. SCHWEBEL fez referência à criação de tribunais especializados, afirmando que estes são bem-vindos, na medida em que conferem maior efetividade ao direito internacional; entretanto, considerando que a proliferação de tribunais internacionais deve produzir conflitos substanciais entre eles, seria necessário, para minimizar as diferenças interpretativas, habilitar os tribunais especializados a formular consultas perante a Corte Internacional de Justiça<sup>36</sup>.

Na mesma linha, e ainda com mais ênfase, no discurso do juiz Gilbert GUILLAUME ao Comitê da Assembleia Geral, em outubro de 2000, ele afirmou que a

---

<sup>33</sup> ABI-SAAB, Georges; *Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks*; 1999; pp. 923 e 924.

<sup>34</sup> Idem; p. 925.

<sup>35</sup> KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi; *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*; *Leiden Journal of International Law*; 2002; pp. 553 e 554.

<sup>36</sup> SCHWEBEL, Stephen; *Address to the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations*; 1999.

proliferação de tribunais tem consequências negativas, na medida em que haveria um aumento do risco de sobreposição de jurisdições, exemplificando que para aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar foi criado o Tribunal Internacional do Direito do Mar, muito embora a Corte Internacional de Justiça já teria jurisdição sobre as questões envolvendo o direito do mar; além de, a partir desta sobreposição, emergir os problemas do *forum shopping* – ou seja, a possibilidade de escolha do órgão cuja jurisprudência melhor atenda aos interesses de quem o acione - e da possibilidade de providências conflitantes entre órgãos judicantes, já que dois órgãos podem ser acionados sobre a mesma questão e prolatarem decisões distintas<sup>37</sup>.

Conflitos de jurisdição – como também divergência jurisprudencial - são comuns dentro de qualquer sistema judicial complexo, de modo que o fato de eles estarem presentes no quadro institucional do direito internacional não deve, por si, levantar suspeitas sobre sua capacidade de oferecer soluções aos litígios; no entanto, a preocupação a respeito da fragmentação do direito internacional, sob o viés institucional, se funda, não na existência de conflitos, mas na ausência de critérios claros para solucioná-los<sup>38</sup>.

A respeito da recente proliferação de órgãos judicantes no direito internacional, comenta Cesare ROMANO que, desde 1989, quase uma dúzia de órgãos judiciais se tornaram ativos. Tais órgãos são criados como consequência da – para ele, também tumultuada - amplificação de instituições visando o comprometimento com obrigações jurídicas. Caso se inclua nesta lista os órgãos com atribuição quase judicial, outra dúzia se acrescenta ao quadro institucional<sup>39</sup>.

Nesse passo, considerando os múltiplos órgãos judiciais internacionais, ROMANO opina que não se pode concluir que eles constituam um sistema judicial, visto que por sistema se entende um grupo cujas partes são interativas ou interdependentes; e no caso dos órgãos judiciais do direito internacional, tem-se um “sistema anárquico”<sup>40</sup>. Ele argumenta que os órgãos são amplamente autônomos, havendo exíguas hipóteses de interação entre eles: até 1995, a Corte Internacional de Justiça cultivava atribuição revisional sobre as decisões do

---

<sup>37</sup> GUILLAUME, Gilbert; *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Outlook for the International Legal Order*; 2000.

<sup>38</sup> KINGSBURY, Benedict; *Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?*; *New York University Journal of International Law and Politics*; 1999; p. 683.

<sup>39</sup> ROMANO, Cesare; *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*; *New York University Journal of International Law and Politics*; 1999; pp. 709 e 710.

<sup>40</sup> Idem; p. 723. O autor adverte o oxímoro contido na expressão “sistema anárquico”.

Tribunal Administrativo das Nações Unidas, mas a atribuição foi eliminada pela Assembleia Geral; outro exemplo de interação seriam os órgãos de direitos humanos os quais atuam como filtro para órgãos judiciais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Mas há vários exemplos de potencial competição jurisdicional, exemplificando-se com os casos da Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional para o Direito do Mar<sup>41</sup> ou com órgãos pertencentes a grupos distintos, como a Corte Internacional de Justiça e o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio<sup>42</sup>.

Nesse prumo, se a ausência de hierarquização entre os órgãos judicantes do direito internacional, não existindo órgão ao qual se confira competência recursal e revisional sobre os outros, é vista como um elemento da fragmentação do direito internacional, também a ausência de expedientes como litispendência e coisa julgada são salientados. Segundo André de Carvalho RAMOS, a fragmentação do direito internacional é um fenômeno já evidente<sup>43</sup>, precisamente porque inexistem critérios como os mencionados, tendo a prática demonstrado que o comportamento dos tribunais se pauta sobre suas autonomias e independências em relação aos demais, das quais resulta um sistema de “ilhas judiciais”<sup>44</sup>.

Nikolaos LAVRANOS dedica-se, igualmente, a analisar a possível competição entre cortes internacionais. Ele sustenta que a proliferação de órgãos voltados à solução de controvérsias, sem que haja uma hierarquização entre órgãos, faz com que eles atuem isoladamente, não estando uns vinculados pela jurisprudência de outros<sup>45</sup>.

Para ilustrar o efeito da multiplicação de cortes internacionais, LAVRANOS analisa o caso da usina de MOX – o qual, para ele, demonstra efeitos fragmentários ao cindir os procedimentos regionais e universais; mas, por outro lado, efeitos unificantes em relação ao

<sup>41</sup> Note-se a forte preocupação por parte de vários estudiosos com a harmonia entre esses dois órgãos.

<sup>42</sup> Ibidem; p. 727. A competência da Corte Internacional de Justiça, em razão da matéria, está fixada no artigo 36 de seu estatuto, abrangendo “todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”. Já a esfera de jurisdição do Tribunal Internacional do Direito do Mar está assentada no artigo 21 do anexo VI à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, compreendendo “controvérsias e pedidos que lhe sejam submetidos de conformidade com a presente Convenção, bem como todas as questões especialmente previstas em qualquer outro acordo que confira jurisdição ao Tribunal”. O artigo 287 da Convenção elenca diferentes órgãos para os quais o estado pode recorrer, incluindo a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional do Direito do Mar. O Órgão de Soluções de Controvérsias da OMC, conforme o Anexo II de seu acordo constitutivo, por sua vez, tem a atribuição de solucionar litígios cuja questão jurídica esteja disciplinada pelos chamados “acordos abrangidos”.

<sup>43</sup> RAMOS, André de Carvalho; *Direitos Humanos na Integração Econômica – Análise Comparativa da Proteção de Direitos Humanos e Conflitos Jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*; 2008; p. 373.

<sup>44</sup> Idem; p. 381.

<sup>45</sup> LAVRANOS, Nikolaos; *The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals*; 2008; pp. 276 e 277.

direito regional, visto que a reivindicação de exclusividade de jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia preserva a uniformidade de interpretação sobre os tratados que versam sobre a proteção do ambiente no âmbito local<sup>46</sup>. O autor também avalia a possibilidade de existir o fenômeno de sobreposições jurisdicionais com os casos da linha ferroviária “Ijzeren Rijn” ou “Iron Rhine”, envolvendo a Bélgica e a Holanda<sup>47</sup>; a disputa entre o México e os Estados Unidos sobre medidas de taxaço a refrigerantes e outras bebidas açucaradas<sup>48</sup>; o caso dos pneus recauchutados, envolvendo o Brasil e o Uruguai no âmbito do MERCOSUL, primeiramente, e o Brasil e a Comunidade Europeia no âmbito da OMC, em um segundo momento<sup>49</sup>; os casos sobre responsabilidade internacional do estado

---

<sup>46</sup> Idem; p. 285.

<sup>47</sup> A ferrovia foi construída no século XIX, obtendo a Bélgica direito de passagem pelo percurso no território holandês. Desde 1991, a linha ferroviária não era utilizada e a Holanda estabeleceu uma área especial de conservação dentro do que seria o percurso da linha, fundamentada na “EC Habitats Directive”, a qual corporifica a política europeia de conservação ambiental. A Bélgica manifestou seu interesse em tornar a usar a linha ferroviária, o que resultou na constituição de um procedimento arbitral para solução da controvérsia. O Tribunal Arbitral constatou que o resultado do procedimento seria o mesmo, existindo ou não a “EC Habitats Directive”. Por isso, a Holanda teria de respeitar os tratados que concediam direito de passagem à Bélgica. Segundo LAVRANOS, o direito comunitário, particularmente a “EC Habitats Directive” era relevante para solução do caso. A fragmentação do direito seria, neste caso, a ausência de aplicação do direito europeu, assemelhando-se ao caso da Usina de MOX (LAVRANOS, Nikolaos; Op. Cit. Nota 34; pp. 285 – 290).

<sup>48</sup> Os Estados Unidos instituíram, em 2004, um procedimento de solução de controvérsias na OMC, por entender que as taxas impostas às bebidas açucaradas violavam o GATT/1994. Considerando que ambos os estados pertencem ao Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), o México argumentou que o “panel” deveria ser constituído no âmbito do NAFTA, e não da OMC. O “panel” da OMC negou a argumentação do México, alegando que não poderia escolher o procedimento correto, de modo que não poderia declinar sua jurisdição. Sustentou, porém, que a OMC deveria decidir sobre os “acordos abrangidos” ao seu sistema. O caso, segundo o autor, demonstra um conflito entre o direito geral da OMC e o regional do NAFTA, cujo resultado foi o posicionamento da OMC de que deve firmar sua jurisdição independentemente da jurisdição de outros órgãos (LAVRANOS, Nikolaos; Op. Cit. Nota 45; pp. 290 – 296).

<sup>49</sup> O Brasil, em 2000, restringiu a importação de pneus usados, em razão do risco de intoxicação causado pela queima dos pneus e pelo risco de proliferação da dengue que eles expõem. Em 2001, o Uruguai inaugurou um procedimento arbitral junto ao MERCOSUL, o qual decidiu que a proibição de importação seria incompatível com as obrigações incorporadas no sistema regional. Considerando que os países que compõem o MERCOSUL, a partir do resultado do procedimento arbitral, foram autorizados a exportar pneus para o Brasil, criando-se uma exceção a eles, a Comunidade Europeia constituiu um “panel” na OMC para reclamar tratamento equivalente. Segundo argumentou a Comunidade Europeia, a proibição deveria contemplar todos os membros da OMC. Neste, a OMC decidiu que o resultado discriminatório não provinha de uma decisão arbitrária do Brasil. Tendo sido a exceção criada por um procedimento do MERCOSUL, a discriminação não seria resultado de capricho ou aleatória, dando-se razão ao Brasil. LAVRANOS enxerga este caso como uma continuação ao caso do México, em que a OMC, porém, teria recusado a supremacia de seu sistema frente a instrumentos regionais (LAVRANOS, Nikolaos; Op. Cit. Nota 45; pp. 297 - 304).

na Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia<sup>50</sup>; e o caso “Bosphorus”<sup>51</sup>.

Por vezes, os casos expressam diferença jurisprudencial entre dois órgãos com jurisdição sobre controvérsias surgidas de conjunturas semelhantes; em outras ocasiões, o conflito institucional reflete dúvidas a respeito de qual o órgão com atribuição para solucionar determinada controvérsia, sem que uma norma jurídica que solucione o impasse se apresente com clareza. A divergência entre soluções se intensificaria, pois mais de um órgão possui jurisdição sobre o conjunto de normas incluídas em um determinado tratado ou em um conjunto limitado de tratados. Deste contexto de pluralidade de órgãos judicantes, emergem preocupações a respeito do *forum shopping*, que será analisado a seguir.

#### 1.1.1.1. Fragmentação e *forum shopping*.

Um problema identificado por aqueles que acreditam estar o direito internacional diante de sua fragmentação, no aspecto institucional, é a questão do *forum shopping*. Como os litígios envolvem, muitas vezes, conteúdos jurídicos pertencentes a diferentes “ramos” do direito internacional – ou mesmo diferentes complexos normativos que, apesar de tratarem da mesma matéria, são instrumentalizados em tratados de existência separada e autônoma e implementados por instituições a estes vinculadas -, a especialização funcional dos órgãos judicantes permitiria que as partes descrevessem o objeto da controvérsia sob a perspectiva correspondente a seus interesses. Citando David KENNEDY, KOSKENNIEMI argumenta que, assim como “um homem com um martelo vê todos os problemas como um prego”,

<sup>50</sup> Estes casos expressam divergências jurisprudenciais acerca da responsabilidade internacional do estado pelo crime de genocídio. No caso *Tadic* (1993), o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia analisou a questão da responsabilidade internacional do estado apenas com a intenção de definir se o conflito armado seria internacional, e se posicionou contrariamente à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, especialmente a respeito da decisão do caso *Nicarágua*. No caso do genocídio bósnio, apurado junto à Corte Internacional de Justiça em 2006, esta reafirma seu entendimento, contrário ao do tribunal. Para LAVRANOS, as diferentes interpretações minam a consistência do direito internacional, visto que não há hierarquia entre órgãos (LAVRANOS, Nikolaos; Op. Cit. Nota 45; pp. 304 – 311).

<sup>51</sup> A companhia aérea “bosphorus” adquiriu da antiga Iugoslávia um avião que, em razão de sanções das Nações Unidas, foi apreendido na Irlanda. A juridicidade da apreensão foi apreciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que não constatou irregularidade. Inconformada, a empresa ajuizou ação na Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação ao seu direito fundamental à propriedade. Esta decidiu que não sobreporia a decisão do Tribunal de Justiça, tendo em vista que o caso não revelava uma proteção aos direitos humanos “manifestamente deficiente”. Embora a Corte não tenha definido o que seria uma proteção “manifestamente deficiente”, LAVRANOS comenta que este é um caso em que há delimitação jurisprudencial (LAVRANOS, Nikolaos; Op. Cit. Nota 45; pp. 311 – 314).

também os órgãos especializados analisam os conflitos de interesse sob a perspectiva correspondente à esfera normativa a qual tem obrigação jurídica de aplicar<sup>52</sup>.

Oportunizar-se-ia, assim, que a parte a qual recorre a um sistema de solução de controvérsia descreva seu objeto sob a perspectiva jurídica cujas normas sustentem sua pretensão, encontrando no quadro institucional uma divisão funcional que a permita, inclusive, escolher o foro cuja jurisprudência lhe favoreça.

Nesse passo, a pluralidade de foros internacionais originaria uma política jurídica, consistente na escolha de foro que ofereça melhores condições de sucesso àqueles que iniciam um procedimento de solução de controvérsias<sup>53</sup>.

JUENGER, que analisa como o problema do *forum shopping* foi tratado nas cortes dos Estados Unidos da América, recusando-se os benefícios oriundos da escolha do foro ao demandante<sup>54</sup>, sustenta que no caso da jurisdição internacional, bem como na jurisdição entre estados, o problema persiste<sup>55</sup>.

Por sua vez, para Marc BUSCH, tratando especificamente da pluralidade de tribunais e cortes internacional, a escolha do foro ocorre a partir de duas variáveis: (1) a preferência do demandante a respeito do resultado; (2) a expectativa que este tenha de utilizar o resultado em face de outros membros em futuros litígios<sup>56</sup>. Essa perspectiva de BUSCH a respeito dos critérios que podem levar um estado a escolher um ou outro sistema de solução de controvérsias exprime a seletividade característica do fenômeno do *forum shopping*.

A percepção da realidade do *forum shopping* se dá, no trabalho Joost PAUWELYN e Luiz Eduardo SALLES, a partir do caso México contra os Estados Unidos, acerca das restrições impostas à importação de bebidas açucaradas (WT/DS308/R), no qual o México insistiu na necessidade de a controvérsia ser solucionada sob o regime jurídico do NAFTA – inclusive constituindo um “panel” -, ao que os Estados Unidos escolheram o regime da OMC para solucionar o caso. Para eles, o fenômeno ocorre no contexto em que há uma abrupta multiplicação de órgãos. Se anteriormente não havia qualquer órgão para tratar de uma controvérsia, atualmente é comum encontrar dois órgãos que possuem jurisdição sobre um mesmo caso<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> KOSKENNIEMI, Martii; *International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism*; 2006; p. 5.

<sup>53</sup> JUENGER; Friedrich K.; *Forum Shopping, Domestic and International*; 1988 – 1989; p. 555.

<sup>54</sup> Ele considera o que chama de decisões “anti-forum-shopping”.

<sup>55</sup> Idem; p. 557.

<sup>56</sup> BUSCH, Marc L; *Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade*; in *International Organization* 2007; p. 736.

<sup>57</sup> PAUWELYN, Joost e SALLES, Luiz Eduardo; *Tribunals: (Real) Concerns and (Im) Possible Solutions*; *Cornell International Law Journal*; 2009; pp. 77 – 80. Os autores advertem que múltiplos órgãos são melhores do que nenhum.

O fenômeno do *forum shopping* expõe, na visão de PAUWELYN e SALLES, dois problemas: normas inconsistentes redundam em não solução de disputas; e a inconsistência normativa pode ameaçar a estabilidade e a legitimidade do sistema mais amplo de direito internacional<sup>58</sup>.

Nesta senda, o problema em apreço talvez esteja bem ilustrado pela divergência envolvendo a Comunidade Europeia e o Chile acerca da descarga de peixes-espada nos portos chilenos. No dia dezanove de abril de 2000, a Comunidade Europeia requereu consultas ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC sobre a juridicidade da proibição chilena ao transporte de peixes-espada em seus portos, bem como a consequente proibição de importação ao produto, medidas essas que violariam os artigos V e XI do GATT de 1994<sup>59</sup>. Em resposta, o Chile peticionou ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, cuja Câmara Especial para tratar da questão foi constituída por ordem datada de vinte de dezembro de 2000, a fim de averiguar se a Comunidade Europeia estaria cumprindo sua obrigação de conservação dos recursos vivos – no caso, o peixe-espada –, imposta pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar<sup>60</sup>. Ambos os procedimentos foram encerrados por acordo entre as partes. Diz Marcelo VARELLA, analisando o caso, que este é um exemplo de aproveitamento, pelos litigantes, de incoerências sistêmicas presentes no direito internacional<sup>61</sup>.

### **1.1.2. A dimensão sociológico-jurídica da fragmentação.**

O debate a respeito da fragmentação do direito internacional não assume uma perspectiva exclusivamente institucional, focada na competição jurisdicional entre órgãos voltados à solução de controvérsias, mas igualmente uma perspectiva lógico-normativa. Conforme salienta Gabrielle MARCEAU, a qual estuda a relação do sistema jurídico aplicado pela OMC com outras áreas do direito, tal relação não pode ser discutida senão pela associação entre o aspecto procedimental e substantivo do problema, ou a dimensão

---

<sup>58</sup> Idem; p. 83.

<sup>59</sup> Solicitação de Celebração de Consultas Apresentada pela Comunidade Europeia, WT/DS193/1. O artigo V proclama a liberdade de trânsito de mercadorias, ao passo que o artigo XI estabelece a obrigação de eliminação geral de restrições quantitativas.

<sup>60</sup> Tribunal Internacional para o Direito do Mar; “Chile vs. European Community – *Case on conservation of swordfish stocks between Chile and the European Community in the south-eastern pacific ocean*”.

<sup>61</sup> VARELLA, Marcelo Dias; *A Crescente Complexidade do Sistema Jurídico Internacional – Alguns Problemas de Coerência Sistêmica*; *Revista de Informação Legislativa*; 2005; p. 158.

jurisdicional e a dimensão jurídica<sup>62</sup>. Porém, o tema invoca igualmente questões acerca da realidade social na esfera internacional, de modo que a percepção da fragmentação do direito internacional toma tais questões como pressuposto.

Em interessante formulação, centrada na perspectiva sociológico-jurídica a respeito da possível fragmentação do direito internacional, Andreas FISHER-LESCANO e Gunther TEUBNER retomam a predição de Niklas LUHMANN sobre a radical fragmentação que o direito global experimentaria, não somente em termos territoriais, mas sua divisão em linhas setoriais; os conflitos normativos deixariam de acontecer entre as diferentes nações, mas entre distintos setores sociais globais<sup>63</sup>.

Três pressupostos são estabelecidos pelos autores para análise da fragmentação segundo a teoria social: (1) a fragmentação do direito global reflete profunda fragmentação da sociedade global, de modo que a questão é mais radical do que os reducionismos a partir de certos vieses – como o econômico, cultural, jurídico ou político – podem compreender; (2) por isso, qualquer aspiração pela unidade jurídica está condenada desde o princípio; (3) somente uma fraca compatibilidade entre os fragmentos pode ser alcançada, já que a fragmentação jurídica não pode ser combatida por ela mesma<sup>64</sup>.

Para conceber a teoria social a respeito da fragmentação, os autores associam múltiplos aspectos da sociedade global. A começar pelos conflitos de racionalidade em uma sociedade cuja globalização é policêntrica, marcada pela diferenciação funcional e pela criação de esferas com confinamento operacional que, em seus campos, são livres para intensificar suas racionalidades próprias; considera-se, também, como consequência da diferenciação funcional, a heterogeneidade de ordens jurídicas, a partir da qual a unidade do direito internacional ocorre a partir de operações de interjuridicidade<sup>65</sup>.

Nesse passo, o primeiro efeito desta diferenciação funcional - a qual constitui um dos pressupostos dos quais parte o relatório da Comissão de Direito Internacional<sup>66</sup> -, é, na

---

<sup>62</sup> MARCEAU, Gabrielle; *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*; *Jornal of World Trade*; p. 1082. Ao longo deste trabalho, o aspecto substantivo será bem analisado, seguindo-se a lógica do relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

<sup>63</sup> FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther; *Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in The Fragmentation of Global Law*; *Michigan Journal of International Law*; 2004; pp. 999 e 1000.

<sup>64</sup> *Idem*; p. 1004.

<sup>65</sup> *Ibidem*; pp. 1004 – 1008.

<sup>66</sup> O relatório toma a fragmentação a partir da diferenciação funcional como um paradoxo à crescente uniformização dos padrões de comportamento ocasionados pela globalização. “One of the features of late international modernity has been what sociologists have called “functional differentiation”, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parties. This take place nationally as well as internationally. It is a well-known paradox of globalization that while it has lead to its increasing

visão de LESCANO e TEUBNER, a formação de regimes jurídicos que não viabilizam a integração, a harmonização ou ao menos a convergência entre ordens jurídicas; e, em termos de jurisdição, esta se delimita em função de linhas temáticas e não em função de critérios territoriais. Para eles, há uma erosão da perspectiva centrada na política, ou na economia, para a formação de regimes que representam diferentes esferas técnicas as quais se apresentam como autojustificáveis<sup>67</sup>.

Sobre a especialização no direito, argumenta KOSKENNIEMI que esta não foi uma preocupação aos direitos internos dos estados, pois estes estavam preparados para colher seus efeitos positivos e neutralizar seus efeitos negativos a partir da interpretação sistêmica<sup>68</sup>.

Já LESCANO e TEUBNER argumentam que a diferenciação funcional e a formação de regimes jurídicos especializados representam a ruptura do padrão clássico de hierarquização, tal qual concebida pela metodologia estratificada de KELSEN e MERKEL. Esta hierarquização seria substituída por uma relação entre centro e periferia, segundo a qual as cortes internacionais ocupam o centro do direito, e os regimes jurídicos são povoados por atores políticos, econômicos ou culturais, individuais ou coletivos<sup>69</sup>.

O não atendimento aos padrões de hierarquização que inspiraram as ordens jurídicas domésticas faria do direito internacional uma ordem jurídica com características peculiares, de modo que este não poderia ser entendido a partir destas lógicas.

Portanto, precisamente por ser a sociedade internacional fragmentada, e não somente o direito, na visão de LESCANO e TEUBNER, os quais formulam uma visão a partir da teoria social a respeito da fragmentação do direito internacional, a busca pela unidade do direito internacional seria vã, inútil. Associações interjurídicas são, por outro lado, viáveis.

## **1.2. Oposição à ideia de fragmentação do direito internacional.**

Como dito, o aumento de órgãos com atribuição de solucionar controvérsias na década de 1990 desencadeou um movimento de estudiosos preocupados com o risco da

---

fragmentation – that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure” – Op. Cit. Nota 3; p. 11.

<sup>67</sup> LESCANO e TEUBNER; Op. Cit. Nota 63; pp. 1009 – 1012.

<sup>68</sup> KOSKENNIEMI; Op. Cit. Nota 28.

<sup>69</sup> LESCANO e TEUBNER; Op. Cit. Nota 63; pp. 1012.

fragmentação do direito internacional, cujos trabalhos constituem o ponto de partida do relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o tema.

Oposições às questões básicas das quais se infere o problema da fragmentação se manifestaram, igualmente, desde o início do debate: já em 1998, Jonathan CHARNEY sustentou que a proliferação de órgãos judicantes não produz efeitos deletérios à uniformidade do direito internacional, não mina os avanços conquistados pelo direito internacional e não desprestigia a Corte Internacional de Justiça. Ao contrário, os órgãos emergentes podem ajudar a expandir a aplicação do direito internacional. Ele argumenta que embora não haja *stare decisis* no direito internacional, de tal modo que as decisões de um órgão não são vinculantes a outro, isso não significa que cada órgão desenvolva sua jurisprudência isoladamente, já que, embora não vinculantes, os precedentes são invocados e se apresentam como extremamente persuasivos<sup>70</sup>.

A fim de demonstrar seu ponto de vista, o autor elege sete áreas a serem examinadas, a partir da comparação da jurisprudência de diferentes órgãos: direito dos tratados; direito relativo às outras fontes do direito internacional; responsabilidade internacional do estado; padrões de compensação; exaurimento das medidas internas; nacionalidade; e fronteiras marítimas. Ele alerta para o fato de que muitos tribunais foram criados por um regime específico e, por isso, têm a obrigação de aplicar primariamente as normas pertencentes ao regime que os criou, e secundariamente o direito internacional geral, caso se constate violação a uma norma imperativa (*jus cogens*). Ainda que vinculados a regimes jurídicos especiais, o autor constata que a jurisprudência é harmônica<sup>71</sup>.

No caso do direito dos tratados, embora os órgãos de direitos humanos não façam referência expressa às decisões da Corte Internacional de Justiça, seguem seu entendimento esposado no *'Parecer Consultivo a Respeito de Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio'*<sup>72</sup>; quando, por outro lado, entre órgãos de direitos

---

<sup>70</sup> CHARNEY, Jonathan I.; *Is International Law threatened by Multiple International Tribunals?*; 271 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*; 1998; pp. 115 - 131. CHARNEY sustenta que há a possibilidade de incoerências normativas surgirem com a multiplicidade de órgãos judicantes, e que só o tempo dirá se isso, de fato, ocorrerá. Em sua visão, o futuro revelará o resultado oposto.

<sup>71</sup> *Idem*; pp. 135 – 138.

<sup>72</sup> O Parecer em questão fora requerido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de novembro de 1950, a partir de Resolução adotada em Reunião Plenária. Questionara-se se um estado é considerado parte em um tratado ao qual tenha apresentado reserva, ainda que alguns estados, não todos, tenham objetado a reserva; se afirmativa a resposta, qual seria seu efeito em relação aos que aceitaram a reserva e em relação aos que a objetaram. Ainda questionara quais seriam os efeitos de reservas feitas por estados que não ratificaram a Convenção ou que não a assinaram. A Corte aproveitou o questionamento para afirmar a impossibilidade de frustração, por ato unilateral, dos objeto e propósito de convenção multilateral, a qual deva ser considerada em sua integralidade. Enfatizou-se o caráter especial da Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, a qual não obedece a lógica de interesses privados – assemelhando-se aos acordos *inter se* – mas

humanos aparenta haver alguma divergência, isso se explica pelo fato de os órgãos de direitos humanos estarem vinculados a um regime jurídico específico o qual o criou e o qual eles têm a atribuição de aplicar. A aparente divergência jurisprudencial, portanto, não ocorre por pontos de vistas diversos da Corte Internacional de Justiça sobre o direito internacional geral, mas por conta da especialidade das normas sob as quais os órgãos de direitos humanos operam<sup>73</sup>.

CHARNEY conclui que, se existem posições divergentes entre órgãos judicantes no direito internacional, estas não constituem um risco à sua unidade. Ao contrário, oportuniza o debate saudável, o que representa um “nível de experimentação em um esforço coletivo de encontrar a melhor norma a servir a comunidade internacional como um todo”<sup>74</sup>.

Diz Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, por seu turno, que o alegado problema a respeito da “proliferação dos tribunais” é um erro, o qual desconsidera os avanços do ideal de justiça internacional, sendo a própria expressão depreciativa. O aumento de órgãos judicantes fortalece o sentido de comunidade internacional; atende a substituição da força pelo direito. Enriquece – e não corrói, como acreditam alguns – o direito internacional, ao gradativamente colaborar para extrair do sistema jurídico internacional o seu caráter estatocêntrico<sup>75</sup>.

Ele analisa a oportuna “fertilização cruzada” jurisprudencial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, consolidando entendimento comum nos seguintes pontos: a natureza especial dos tratados que versam sobre direitos humanos; o conteúdo dos direitos humanos como correspondendo a questões de ordem pública; que seus termos exigem interpretação autônoma; que os direitos humanos são inspirados pelo princípio da proteção efetiva; que os direitos humanos expressam conteúdos objetivos no direito internacional e que devem, por isso, ser vinculantes aos

---

incorpora genuíno senso de moralidade jurídica ao procurar proteger grupos humanos inteiros. A ênfase à substância axiológica da Convenção leva a Corte a concluir que a reserva só poderá ser admitida caso não venha a desnaturar o objeto e propósito da Convenção. Entende que o estado será considerado parte da Convenção caso sua reserva não seja incompatível com o objeto e propósito da Convenção. Caso o estado que fizera a objeção à reserva entenda que esta tenha desnaturado tais objeto e propósito, pode considerar o estado que fez a reserva como não sendo parte da Convenção; o que se aplica também ao estado que não vislumbra tal incompatibilidade, aceitando a reserva e considerando o estado como parte. E sobre a terceira questão, que os efeitos jurídicos mesmo das reservas se dão a partir da ratificação; nesse caso, a objeção à reserva tampouco produz efeitos jurídicos, antes da ratificação.

<sup>73</sup> CHARNEY, Jonathan I; Op. Cit. Nota 70; p. 142.

<sup>74</sup> Idem; p. 354.

<sup>75</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; *The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights*; *Journal of International Criminal Justice*; 2004. O autor não faz menção ao termo “fragmentação”.

estados; e que a interpretação acerca de eventuais limitações ou derrogações aos direitos humanos devem ser restritivas<sup>76</sup>.

Assim, a interação interpretativa entre os dois órgãos demonstra que suas existências lançam as bases jurídicas da efetiva proteção aos direitos humanos e representam o esforço de construção de um sentido compartilhado pela comunidade internacional.

Se a expressão “proliferação dos tribunais internacionais” é alvo de crítica por CANÇADO TRINDADE – como se o direito internacional tivesse sido acometido por uma pandemia jurisdicional -, também Anne-Charlotte MARTINEAU tece considerações a respeito do termo “fragmentação”: este poderia indicar tanto um processo, a partir do qual o direito internacional estaria se desintegrando, como também pode significar o caráter primitivo desta dimensão do direito. Os dois termos seriam excludentes, posto que o primeiro indicaria que o direito internacional estaria em vias de se tornar fragmentado, ao passo que o segundo tomaria o direito internacional como já fragmentado e permitiria o questionamento sobre se ele ainda ostenta tal atributo<sup>77</sup>. MARTINEAU se dedica, assim, a analisar os discursos da fragmentação do direito internacional enquanto processo ameaçador à unidade do direito, ou seja, no segundo sentido<sup>78</sup>.

Ela qualifica a constatação da fragmentação do direito internacional como um poderoso recurso retórico – que aparece na cena acadêmica desde o século XIX -, articulada por aqueles que estão insatisfeitos com os projetos políticos alheios, por apoiarem um projeto distinto. Oscila a preocupação acerca da fragmentação do direito internacional entre períodos de confiança e desconfiança no direito internacional: em períodos de confiança o fenômeno será chamado de “diversificação” e em períodos de desconfiança será chamado de “fragmentação”. Portanto, já o termo deduz uma crítica a ser articulada entre aqueles que não estão satisfeitos com a realidade do direito internacional. A autora sustenta enfaticamente que a variação entre as opiniões sobre se a diversificação do direito internacional constitui um saudável pluralismo ou uma fragmentação que conduz à anarquia dependerá do ideal de direito internacional do observador. Necessariamente, o modo como o fenômeno será enxergado variará entre idealizações cosmopolitas ou pluralistas, já que, para alguns, seria precisamente na diversidade que o direito internacional encontraria sua unidade. Nesse prumo, no interlúdio da segunda metade do século XIX e a eclosão da

---

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> Seriam, portanto, sentidos inversos. Distinguiria os que acreditam que a fragmentação seria uma situação posta e que está em processo de uniformização, e os que acreditam que a fragmentação constitui uma ameaça ao grau de uniformidade que já fora conquistada.

<sup>78</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte; Op. Cit. Nota 9; pp. 1 – 4.

Primeira Guerra Mundial, o estudo do direito internacional foi tomado por uma atmosfera de confiança e inovação, no qual o desenvolvimento de normas especiais foi visto como um avanço o qual conduziria à universalidade do direito – o fato de sistemas normativos serem formados por grupos específicos de estados foi, assim, visto como um passo para o processo da consolidação de um direito global. No entanto, com a eclosão da guerra, essa atmosfera de otimismo foi esmorecida, ao que se passou a acreditar que o direito internacional teria falhado em seu objetivo de assegurar a paz; dentro deste novo contexto, acadêmicos teriam atribuído à formação de sistemas jurídicos específicos a causa para a falha, visto que as normas jurídicas então formuladas teriam sido excessivamente detalhadas ao ponto de serem, com frequência, objeto de denúncias. Entre 1925 e 1939, houve um período de reação, a partir do qual se buscou neutralizar a noção de fragmentação por meio de formulações sistêmicas: o estudo do direito internacional foi inspirado por um ímpeto de analisar as normas em relação às outras, seguindo-se fórmulas kelsenianas; a formação de regimes especiais, ou regionais, não seria um problema, tendo em vista que, a partir dos critérios de solução de conflito normativo, a norma especial sempre apresentaria primazia sobre a norma de caráter geral. Mesmo neste período, com o advento de regimes jurídicos locais, muitos estudiosos se opuseram à formação de regimes específicos<sup>79</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, as objeções aos sistemas jurídicos autônomos se converteram em objeção aos regimes que incorporam políticas, os quais a autora identifica como diversidade. Ao que havia aspirações de a Carta das Nações Unidas representar o pilar fundante da ordem jurídica internacional, também se dirigiam críticas à separação da ordem internacional em dois blocos políticos e ao poder de veto no Conselho de Segurança. Manifestavam-se opiniões sobre a limitação do direito internacional frente à divisão política da Guerra Fria, suspeitando-se de sua capacidade de solucionar conflitos por ser ainda incompleto e fragmentado, ao ponto de autores estadunidenses e russos questionarem a existência de uma única ordem jurídica internacional. Autores marxistas passaram, inclusive, a argumentar a existência de três ordens jurídicas distintas no plano internacional: uma que regulava a relação entre estados capitalistas, outra que regulava a relação entre estados socialistas e uma terceira que regularia a relação entre ambos os blocos. MARTINEAU enxerga neste período – de 1939 a 1960 – o fenômeno da fragmentação como um espelho da divisão do mundo. De 1960 a 1989, por sua vez, inicia-se um novo período de confiança no direito internacional e na consolidação de um direito comum da

---

<sup>79</sup> Idem; pp. 4 -17.

humanidade, já que neste período os estudiosos do direito internacional o apresentaram como uma forma de construir uma ponte entre os diferentes sistemas políticos, sustentada pelos direitos humanos e a perspectiva de cooperação de FRIEDMANN – a fragmentação do direito internacional passou, então, a ser vista como diversificação; ou seja, flexibilidade e adaptabilidade às diferenças. A multiplicação de órgãos judicantes foi vista, então, como algo positivo, na medida em que permitiriam o avanço da dimensão de cooperação do direito internacional<sup>80</sup>.

No entanto, tal atmosfera otimista teria sido substituída por uma desconfiança a respeito da coerência sistêmica do direito internacional, iniciada pelos discursos dos presidentes da Corte Internacional de Justiça, expressando o receio de se estabelecer um sistema de competição judicial, com conseqüente enfraquecimento desta instituição. A autora qualifica este lapso como sendo o período de desencanto<sup>81</sup>.

MARTINEAU não nega a realidade sobre a qual se enxerga fragmentação ou diversificação. Objeta, no entanto, que dependendo da perspectiva do observador, de seu ideal de direito internacional, este descreverá diferentemente o fenômeno. E sendo a articulação do termo “fragmentação” resultado de uma frustração ao ideal de direito internacional do observador, ela a qualifica como um recurso retórico.

Por outro lado, Mario PROST e Paul Kingsley CLARK negam a existência do fenômeno recorrendo a elementos do estudo das teorias das relações internacionais. Eles

---

<sup>80</sup> Ibidem; pp. 17 – 24.

<sup>81</sup> Ibidem; pp. 25 – 28. A autora reconhece que a multiplicação de órgãos judicantes no direito internacional deve produzir efeitos como o *forum shopping* e a formação de jurisprudência conflitante. A dimensão ideológica do debate também foi sentida por Malcolm N. SHAW em seu curso de direito internacional, o qual, ao comentar a expansão dos assuntos regulados pelo direito internacional, comenta o estímulo de “disputas de natureza quase ideológica a respeito, por exemplo, da relação entre o livre comércio e a proteção ambiental” (SHAW, Malcolm N.; *Direito Internacional*; Editora Martins Fontes; 2010; p. 40). Esse também parece ser o horizonte do trabalho desenvolvido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, em curso dirigido à discussão da fragmentação do direito internacional, ministrada pelo Professor George Rodrigo Bandeira GALINDO, que resultou na obra “*Fragmentação do Direito Internacional - Pontos e Contrapontos*”. Ao introduzir o artigo de Ana Paula da CUNHA, o professor comentou que as percepções de unidade ou de fragmentação “implicam uma nítida opção política sobre como o sistema (ou a anarquia) internacional deve ser organizado. Não é à toa que o tema desperta, inescapavelmente, partidários” (GALINDO, George Rodrigo Bandeira (Org.); *Introdução: Dialética Negativa?*; in *Fragmentação do Direito Internacional – Pontos e Contrapontos*; Arraes Editores; Belo Horizonte/MG – 2015; p. 3). O elemento político-ideológico parece estar bem representado no seguinte trecho do trabalho de Ana Paula da CUNHA: “A fragmentação, assim como a constitucionalização, parece seguir uma agenda liberal, cujos valores relevantes são uns e não outros. A fragmentação não fomenta que vozes minoritárias ressoem no plano internacional. Quer dizer, embora se possa falar, por exemplo, num direito internacional dos refugiados, desconhece-se que esse regime especializado propicie que os próprios refugiados se façam ouvir no plano interno e internacional. Antes, a fragmentação impõe um discurso pré-formatado sobre terceiros interessados”. Dialogando com MARTINEAU, a autora ainda questiona: “quem a fragmentação pretende empoderar?” (CUNHA, Ana Paula da; *A Constitucionalização e a Fragmentação do Direito Internacional em Debate: Uma Análise da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*; in *Fragmentação do Direito Internacional – Pontos e Contrapontos*; Arraes Editores; Belo Horizonte/MG – 2015; p. 26).

argumentam que haveria risco à unidade do direito internacional caso as organizações internacionais (OI's) em multiplicação detivessem genuíno e independente poder no processo de formação de normas internacionais. Em verdade, para eles, grande parte deste poder ainda se concentra em mãos dos estados; as organizações internacionais são, antes de mais nada, relevantes espaços de coordenação de interesses coletivos e de sistematização das normas que os próprios estados criam. Por isso, seria descabido dizer que a multiplicação de organizações internacionais produz um risco substantivo real à coerência sistêmica do direito internacional<sup>82</sup>.

### **1.2.1. A percepção de constitucionalismo no direito internacional como eventual contraponto à ideia de fragmentação.**

Além daqueles que procuram confrontar a existência do fenômeno da fragmentação, há aqueles que identificam e descrevem o desenvolvimento e sedimentação institucional do direito internacional atual sob uma perspectiva contrária: a identificação das características da comunidade internacional e a possibilidade de haver constitucionalização da ordem jurídica internacional. Diz-se que tal posição corresponde a eventual oposição à ideia de fragmentação, visto que há posições que enxergam ambos os processos como não excludentes, a sobreviver antagonicamente no sistema jurídico internacional, além de haver descrições do direito internacional sob este ângulo sem a preocupação manifesta de denunciar a inexistência da fragmentação.

À luz desta linha de pensamento, o direito internacional, em vez de ter assistido ao distanciamento de seus múltiplos subsistemas normativos, convive com elementos cada vez mais sólidos de estruturação normativa, o que é acompanhado por uma gradual evolução do exercício da jurisdição na esfera internacional.

Pedro B. de ABREU DALLARI, o qual produz um estudo aprofundado acerca das principais questões jurídicas envolvendo os tribunais administrativos das organizações internacionais e se dedica, igualmente, a situar o advento de tais órgãos ao processo de conformação do direito internacional constitucional, associa os seguintes elementos como representativos da sistematização do direito internacional: a evolução da matéria da responsabilidade no direito internacional, os critérios e procedimentos de produção do

---

<sup>82</sup> PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley; *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?*; Chinese Journal of International Law; Volume 5, nº2, 341 – 370; 2006.

direito e a solução de controvérsias, a regulação do uso da força, a tutela dos espaços internacionais e, por fim, a proteção ao ser humano<sup>83</sup>.

A responsabilidade que, segundo o autor, é de vital importância para a caracterização do sistema jurídico, pois impõe aos sujeitos de direito o dever de reparação sobre a prática de eventual ato ilícito, desenvolveu-se a partir de princípios e preceitos firmados documentalmente, mas deve sua consolidação em grande parte à institucionalização de mecanismos jurisdicionais. Quanto ao adensamento de normas relativas ao processo de produção do direito, houve, no século passado, importantes marcos na consolidação de normas relativas aos direitos dos tratados – exemplificadas, pelo autor, com a Convenção de Havana de 1928 e a Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969 -, bem como normas as quais DALLARI qualifica como definidoras do *processo legislativo internacional*, quais sejam, normas de diplomacia bilateral e multilateral. Associado às questões de produção normativa, houve relevante avanço nas questões concernentes às soluções de disputas no direito internacional, verificadas na expansão de mecanismos como a arbitragem internacional, bem como na extensão de órgãos jurisdicionais. Relativamente à regulação do uso da força na sociedade internacional, o autor salienta a limitação à guerra engendrada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, e sua proscrição definitiva pelo Pacto Briand-Kellog em 1928. Apesar da ruptura representada pela eclosão da Segunda Guerra Mundial, em 1945 a Carta das Nações Unidas logrou circunscrever o campo de validade jurídica do uso da força no direito internacional, a ser exercido nas hipóteses de legítima defesa ou por deliberação e ação do Conselho de Segurança. O século XX apresentou evolução significativa, também, no trato dos espaços não submetidos à soberania dos estados, cuja disciplina substituiu a noção de *res nullius* para a de *res communis omnium*. A natureza dos espaços como o alto mar, o continente antártico e o espaço cósmico foi afirmada como patrimônio comum da humanidade, opondo-se à lógica de apropriação dos referidos espaços. E, por fim, a emergência do direito internacional dos direitos humanos - direitos estes que, segundo DALLARI, consolidam-se “na condição não apenas de especialidade temática, mas de fator estruturante da ordem jurídica internacional” - organiza o contexto internacional, forjando o sentido de comunidade internacional<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> DALLARI, Pedro B. de Abreu; *Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais*; Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Livre Docente; 2009.

<sup>84</sup> Idem; p. 152 – 156.

Os referidos elementos de transformação da ordem jurídica internacional suscitam, como se demonstra, uma narrativa distinta daquela que enfatiza eventuais colisões entre regimes normativos do direito internacional. Aliás, a atual especialização do direito internacional e, conseqüentemente, os crescentes pontos de contato que os regimes especializados podem ser vistos como maior integração da ordem jurídica internacional.

É esta a conclusão de Antonio CASSESE que, discutindo a evolução da comunidade internacional, argumenta que uma de suas características atuais é o aumento de corpos jurídicos especiais. No entanto, apesar de sua inicial compartimentação, uns tendem a influenciar os outros e, desta forma, há uma interpenetração e fertilização cruzada os quais representam maior integração e que, dentro de certas proporções, demonstram que os direitos humanos têm permeado gradativamente vários setores do direito internacional<sup>85</sup>. Deste modo, o fato de o direito internacional ter se encorpado em diferentes sistemas normativos não leva esta narrativa a concluir que há distanciamento e fragmentação no direito internacional, mas um maior grau de inter-relacionamento e mútua influência entre sistemas, os quais denotam uma comunidade internacional juridicamente mais integrada.

Dentro desta base teórica, assim, perscruta-se o sentido do constitucionalismo no direito internacional. Bardo FASSBENDER, dialogando primeiramente com Alfred VERDROSS, associa-o a normas que regulam a estruturação da comunidade internacional em subdivisões e distribuição de esferas de jurisdição. Outra característica é acrescentada pelo autor, desta vez em diálogo com Christian TOMUSCHAT, consistente nas normas que regulam o processo de formação de normas jurídicas, o que, segundo FASSBENDER, corresponde a uma clara influência da noção de “normas primárias” e “normas secundárias”, de Herbert HART<sup>86</sup>.

Ele argumenta que os elementos constitutivos do constitucionalismo são valores fundantes da comunidade internacional e, portanto, tratam-se de normas correspondentes à “parte geral” do direito<sup>87</sup>, em oposição a valores específicos. Mas levanta questões como: “o que seriam valores específicos dentro da ordem internacional? Essa terminologia indica a existência de normas mais importantes ou corresponde a categorizações que facilitem a compreensão do direito internacional?”.

---

<sup>85</sup> CASSESE, Antonio; *International Law*; Oxford University Press; 2ª Edição; 2005.

<sup>86</sup> FASSBENDER, Bardo; *The Meaning of International Constitutional Law*; in *Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives*; Cambridge University Press; 2007; pp. 842 e 843.

<sup>87</sup> Trata-se de uma analogia aos códigos civis alemães, os quais contêm uma “parte geral”, cujas normas estabelecem uma arquitetura jurídica geral, dentro da qual as demais normas operam.

Desses questionamentos emerge, em novo diálogo com TOMUSCHAT, a terceira característica do constitucionalismo: o caráter não consensual das normas constitucionais. São normas básicas, formais ou substantivas, as quais independem do consentimento do estado, ou seja, normas cogentes (*jus cogens*)<sup>88</sup>. Essas normas exprimem valores aquinhoados de maior importância na comunidade internacional, sendo, por isso, imperativas<sup>89</sup>.

Aduz FASSBENDER que o constitucionalismo no direito internacional é um movimento progressivo, constituindo-se no curso da história<sup>90</sup>.

Nota-se, assim, que dentro de uma perspectiva histórica e teórica a respeito da transformação do direito internacional, enxerga-se maior grau de complexidade sistêmica, à medida que a ordem jurídica internacional passou a contar com critérios de afirmação de autoridades – descentralizadas –, cultivando atribuições administrativas e jurisdicionais, assim como passou a contar com critérios de validação normativa, no aspecto formal e material. Descrevendo o direito internacional a partir destes elementos, pode-se concluir por maior integração e, inclusive, a identificação de um conteúdo estruturante o qual corresponde ao fenômeno do constitucionalismo.

No entanto, esta narrativa não é necessariamente oposição à ideia de fragmentação do direito internacional. Há quem enxergue o constitucionalismo da ordem jurídica internacional como a solução ao problema, em vez de sua negação<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> O relatório aborda relações de importância normativa, como *jus cogens*, e igualmente este trabalho dedicará um capítulo sobre tal atributo.

<sup>89</sup> FASSBENDER, Bardo; Op. Cit. Nota 86; pp. 844 e 845.

<sup>90</sup> Idem; p. 846.

<sup>91</sup> Johannes Gerald VAN MULLIGEN diferencia correntes de constitucionalismo, tendo umas aspirações universalistas, segundo as quais a comunidade internacional é organizada sobre valores globalmente arraigados; outras pluralistas, segundo as quais a ordem global é organizada em torno da coexistência harmoniosa; e constitucionalismo como mentalidade, segundo a qual o constitucionalismo não está incorporado na arquitetura do direito internacional, mas na mentalidade de seus operadores. Ele diferencia igualmente o constitucionalismo direto, o qual pretende deduzir o constitucionalismo da arquitetura jurídica internacional já estabelecida; e o indireto, o qual formula proposições deontológicas acerca do direito internacional. Se o constitucionalismo direto procura enfatizar elementos como o aumento de tratados e seus respectivos mecanismos de solução de controvérsias, a emergência de normas imperativas, entre outras evidências; o constitucionalismo normativo o sugere como proposta viável, inclusive, para coibir os riscos decorrentes da fragmentação do direito internacional (VAN MULLIGEN, Johannes Gerald; *Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order*; Leiden Journal of International Law – Universidade de Cambridge; Volume 24; 2011).

### **1.3. Fragmentação como tendo aspectos positivos e negativos e fragmentação e constitucionalismo como fenômenos coexistentes.**

Há neste debate, ainda, os que acreditam que a fragmentação do direito internacional tem elementos positivos e negativos. Gerhard HAFNER, em participação ao simpósio de comemoração ao vigésimo quinto aniversário do *Michigan Journal of International Law*, ocorrido entre 2003 e 2004, argumenta que como efeito negativo a fragmentação do direito internacional arrisca sua credibilidade e sua autoridade<sup>92</sup>. O aspecto positivo residiria nos benefícios do desenvolvimento de normas especiais, as quais acomodam necessidades e interesses de um estado, encontrando em regimes especiais mais respeito à sua condição individual do que no sistema jurídico geral. Desta forma, pode a estrutura do direito internacional oferecer condições de solução de controvérsias que melhor se adaptam às condições peculiares de cada caso.

O autor exemplifica tais benefícios com as questões envolvendo reservas aos tratados que versam sobre direitos humanos, ou mesmo com o combate ao terrorismo – cujo tratamento alcança melhores resultados regionalmente do que no plano universal<sup>93</sup>.

Em sentido semelhante, é instrutiva a advertência feita por Bruno SIMMA - o qual teve participação importante na elaboração do Relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (2006) - fazendo referência justamente à participação de HAFNER na Comissão tratando dos riscos derivados da fragmentação do direito internacional em 2000, no sentido de que o grupo de estudos responsável pelo relatório (2006) concordou, logo de início, em retirar o termo “riscos” de seu título, por expressar uma visão preconcebidamente negativa do fenômeno da fragmentação do direito internacional, substituindo-o por “dificuldades” e associando tais dificuldades a dois termos positivos, quais sejam, a expansão e a diversificação do direito internacional<sup>94</sup>.

Primeiramente, SIMMA sustenta que tanto há razão naqueles que acreditam viver o direito internacional sua fragmentação quanto nos que entendem haver um processo de constitucionalização. Os dois processos convivem paradoxalmente no direito internacional, e isso faz com que o ramo seja tão fascinante<sup>95</sup>. Para ele, os múltiplos órgãos judiciais têm

<sup>92</sup> HAFNER, Gerhard; *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*; *Michigan Journal of International Law*; 2003 – 2004; pp. 849 – 859.

<sup>93</sup> Idem; p. 859.

<sup>94</sup> SIMMA, Bruno; *Fragmentation in a Positive Light*; *Michigan Journal of International Law*; 2003 – 2004; p. 847.

<sup>95</sup> Ele comenta, porém, que acredita haver erros no viés constitucionalista, exemplificando com a opinião de alguns autores que procuram conferir ao Conselho de Segurança dignidade semelhante à de um governo de um

despendido extremo cuidado a fim de evitar contradições a outros órgãos<sup>96</sup>. O autor enfatiza que houve, desde as primeiras discussões acerca da fragmentação do direito internacional, uma mudança de ênfase: não há mais automática referência aos aspectos negativos do fenômeno – certa e atualmente existentes -, mas este tem sido visto sob um viés positivo.

Nesta linha, na reunião anual da Sociedade Americana de Direito Internacional ocorrida em 2011, em painel de discussão estabelecido sobre tema intitulado “*The Role of International Tribunals in Managing Coherence and Diversity in International Law*”, Andrea BJORKLUND levanta importantes questões a respeito dos possíveis benefícios da fragmentação do direito internacional. Em primeiro lugar, a professora argumenta que o tema vem sendo tratado como se o direito internacional fosse uniforme e como se algo o tivesse dividido em diversos fragmentos. Ela objeta, no entanto, que a unidade do direito internacional jamais existira. Ademais, a professora relembra que tribunais especializados existiram ao longo da história, fazendo referência à *Lex Mercatoria* nos séculos XII, XIII e IV. Por isso, ela entende que o debate sobre a fragmentação do direito internacional não deve ser realizado exclusivamente sob a ênfase de seus aspectos negativos, mas também deve considerar que a especialização é capaz de promover aprimoramento técnico de um modo coerente<sup>97</sup>.

Esta também é a opinião de Mads ANDENAS, professor da Universidade de Oslo, para quem o fenômeno da fragmentação indica transformação do sistema jurídico internacional. Ele sustenta que a partir do título de seu artigo, “*Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law*”, poder-se-ia pensar que pretendia negar a fragmentação. Mas, ao contrário, o autor sustenta que fragmentação existe em qualquer sistema jurídico dinâmico. Se desde os debates – que se arrastam por vinte anos – a respeito da fragmentação do direito internacional houve intenso esforço em concebê-la como ameaça à unidade do direito internacional, pouco se consideraram os passos em direção à convergência. Segundo argumenta, a convergência e unidade têm se tornado mais dominantes nos discursos jurídicos do que propriamente a autonomia dos subsistemas jurídicos. Há, portanto, uma necessidade de reafirmar o direito internacional, sobretudo

---

estado. Argumenta que geralmente essas opiniões são emanadas de autores originados de estados que possuem assento permanente no Conselho e, quando não, são emanadas de autores ansiosos por justificar a existência do direito internacional enquanto direito e, portanto, procuram identificar traços semelhantes às ordens jurídicas internas aos estados. Haveria, como diz o autor, um tipo de “complexo de inferioridade” nos estudiosos do direito internacional.

<sup>96</sup> SIMMA, Bruno; Op. Cit. Nota 94; p. 846.

<sup>97</sup> Sociedade Americana de Direito Internacional (ASIL Annual Meeting Proceedings); *The Role of International Tribunals in Managing Coherence and Diversity in International Law*; 24 de março de 2011.

tendo a CIJ como centro do sistema jurídico internacional. A reassertão do direito internacional, complementa ANDENAS, tem sido realizada pelos seus diversos tribunais, a contar também com órgãos de suma importância para seu desenvolvimento, como a CDI<sup>98</sup>.

O professor George Rodrigo Bandeira GALINDO, também acreditando que unidade e fragmentação podem coexistir paradoxalmente no direito internacional, oferece instrutiva e retumbante lição acerca do dinamismo desta dimensão jurídica: “(...) melhor que buscar entender se o direito internacional será, no futuro, mais fragmentado ou unitário, é reconhecer que ele mesmo é vida”<sup>99</sup>.

Acrescenta-se, porém, que a análise sobre fragmentação, unidade e coerência oferece exercício fecundo para saber que vida o direito internacional é; viabiliza estimativas do *vir-a-ser* da vida do direito internacional; assim como abre horizontes para a defesa do *dever ser* do direito internacional, enquanto vida.

---

<sup>98</sup> ANDENAS, Mads; *Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law*; *Georgetown Journal of International Law*; Volume 46; 2015; pp. 691 – 693.

<sup>99</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; Op. Cit. Nota 81; p. 2.

## **CAPÍTULO II – A DISCUSSÃO SOBRE ‘*LEX SPECIALIS*’ E A FORMAÇÃO DE REGIMES AUTÔNOMOS NO DIREITO INTERNACIONAL.**

Um dos pontos levantados pelo relatório da Comissão de Direito Internacional é a relação entre norma geral e norma especial, ou mesmo entre duas normas que se apresentam como especiais<sup>100</sup>. Importou saber como a norma especial se opera no direito internacional<sup>101</sup>, inclusive em um contexto no qual muitas normas jurídicas são incluídas e organizadas por meio do que se convencionou chamar de “regimes autônomos” (“self-contained regimes”).

O relatório aponta três tipos de conflitos entre normas: (1) conflitos entre uma norma geral e uma particular, da qual resulta uma interpretação não ortodoxa da norma geral; (2) conflitos entre norma geral e uma norma especial que se apresenta como uma exceção à norma geral; (3) conflitos entre dois tipos de normas especiais. Os dois últimos casos são vistos como tipos genuínos nos quais a relação entre as normas dependerá de qual embasamento se utilize<sup>102</sup>.

Se a norma *lex specialis* é entendida geralmente como um critério de solução de conflitos normativos – um critério lógico-linguístico – o relatório toma os conflitos envolvendo normas especiais e gerais ou entre normas que, por estarem ambas incluídas em específicas categorizações temáticas as quais reivindicam, ambas, excepcionalidade, como uma demonstração da fragmentação substantiva do direito internacional. Coube ao relatório analisar a permissibilidade da formulação de normas especiais e sua capacidade de substituição ao padrão normativo geral.

Este capítulo discutirá a função da *lex specialis* no direito internacional, associando a argumentação do relatório a outros pontos de vistas posteriores, a fim de se compreender qual impacto o relatório produziu na discussão a respeito do tema. Cumpre esclarecer que,

---

<sup>100</sup> Esta seção incorporou o estudo de Bruno SIMMA, o qual preparou uma análise a respeito da função e escopo da norma *lex specialis* e a questão dos regimes autônomos. O estudo foi complementado por Matti KOSKENNIEMI, o qual assumiu a presidência do grupo de estudos, após a saída de SIMMA.

<sup>101</sup> Há previsão a respeito da aplicação do critério da especialidade no artigo 55 do ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’: “Estes artigos não se aplicam se e na medida em que as condições de existência de um ato internacionalmente ilícito, o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um estado são regidas por normas especiais de Direito Internacional”.

<sup>102</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit Nota 9; p. 31.

embora o relatório faça expressa opção pelo aspecto substantivo do problema da fragmentação, este analisa questões relacionadas ao diálogo entre tribunais internacionais, uma vez que o primeiro tipo de conflito entre normas se dá em função da divergência jurisprudencial. Por isso, este produziu impacto sobre estudos que visam analisar a interação entre tribunais internacionais, os quais serão oportunamente tratados neste capítulo.

## **2.1. A fragmentação nos três tipos de conflito identificados pelo relatório.**

Após esclarecer os três tipos de conflitos possíveis no direito internacional, o relatório passa a analisá-los individualmente. Como dito, o primeiro tipo de conflito se expressa nas divergências jurisprudenciais entre órgãos judicantes no direito internacional. Este tipo de conflito é exemplificado, pelo relatório, com as decisões diferentes sobre a responsabilidade internacional do estado entre o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e a Corte Internacional de Justiça. Trata-se, segundo ele, de ocasião própria a qualquer sistema jurídico, mas, no caso do direito internacional, não havendo hierarquização institucional, estes conflitos se apresentam como particularmente problemáticos. Nos sistemas domésticos, as distintas visões proferidas por juízes são solucionadas por meio de um recurso a uma autoridade superior, da qual emana um juízo uniformizador. No caso do direito internacional, há incertezas e insegurança jurídica porque esta autoridade inexistente. Ademais, os sujeitos de direito são colocados em condições desiguais, já que a solução jurídica que recairá sobre eles depende de qual órgão judicante será invocado para solução do litígio<sup>103</sup>.

Assim, o relatório repisa, nesta seção, no problema das possíveis sobreposições jurisprudenciais e possíveis conflitos entre decisões. Basicamente, a discussão se mantém tal qual apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, opondo aqueles que consideram que a multiplicação de órgãos judicantes e sua extrema especialização ocasionam um risco à unidade do direito internacional e aqueles que entendem que a referida multiplicação é salutar e natural ao adensamento normativo do direito internacional e que a crítica articulada pelos primeiros desconsidera o esforço de diálogo entre tribunais e desmerece as conquistas institucionais recentes da ordem jurídica internacional.

---

<sup>103</sup> Idem; pp. 31 – 33.

Conquanto o relatório tenha separado o aspecto substantivo da fragmentação de seu aspecto institucional, Maksymilian DEL MAR, para quem o estudo da coerência do direito internacional deve se dar a partir da adaptabilidade factual da linguagem jurídica e seu sentido social, critica esta opção do relatório acerca da divergência jurisprudencial, por não o identificar como forma genuína de conflito normativo. O professor entende que o relatório, desta forma, parece diferenciar a norma de sua aplicabilidade institucionalizada. Seria necessário, para ele, compreender qual foi a imagem factual que ambos os tribunais construíram, mesmo para identificar se, de fato, ambos os tribunais estariam diante de casos verdadeiramente análogos. Para tanto, entender os termos de comparação – ou a plataforma factual narrada por cada tribunal - seria imprescindível<sup>104</sup>.

Sobre este primeiro tipo de conflito, cabe dizer, nota-se uma maior preocupação pela possibilidade de diálogo entre órgãos judicantes em debates acadêmicos. Tal preocupação está bem representada no debate realizado pela Sociedade Americana de Direito Internacional, ocorrido em 2011, do qual já se fez referência neste trabalho<sup>105</sup>. Se primeiramente a professora da Universidade da Califórnia, Andrea BJORKLUND, afirmou que a especialização de tribunais já ocorreu na história do direito e que esta pode promover sua coerência; seu debatedor, Giorgio SACERDOTI, membro do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio até 2009, afirmou que há um risco de fragmentação caso um tribunal ignore o trabalho de outro e que há um grande desafio em manter a unidade do direito internacional. Questionado pelo moderador, Kevin GRAY, se há mecanismos de aprendizado sobre o trabalho de outros juízes, SACERDOTI responde desconhecer a existências de fóruns estabelecidos permanentemente para tal finalidade, embora tal interação ocorra de maneira informal. A ex-Diretora de Assuntos Jurídicos do Secretariado da Organização Mundial do Comércio, a qual tomava parte do debate, Valerie HUGHES, confirmou a afirmação de SACERDOTI, informando a existência de um “chat” informal com escritvães da Corte Internacional de Justiça, dentro do qual se trocava informações. A seguir, Stephen MCCAFFREY - professor da Universidade do Pacífico - salientou no debate que os juízes não operam no vácuo, lembrando que muitos juízes da Corte Internacional de Justiça possuem experiência anterior em órgãos de arbitragem, e mesmo aqueles que não atuaram nestes órgãos possuem interesse e estudo no direito internacional, e por isso mantêm-se atualizados. Ele manifestou, então, sua concordância ao que pontuou

---

<sup>104</sup> DEL MAR, Maksymilian; *System Values and Understanding Legal Language*; *Leiden Journal of International Law*; Volume 21; 2008; pp. 51 e 52.

<sup>105</sup> ASIL, Op. Cit. Nota 97.

BJORKLUND, salientando a inevitabilidade da especialização, porém depositando na Corte Internacional de Justiça a capacidade de promover a integração desejada<sup>106</sup>.

A possibilidade de diálogo entre órgãos também é preocupação do professor brasileiro George Rodrigo Bandeira GALINDO. Sua prospecção a respeito do assunto pressupõe que os estudos de tais órgãos “não podem levar os internacionalistas a uma verdadeira reificação, como se tribunais se perdessem e misturassem na realidade, sem passado ou futuro, sem origens ou novas orientações no seu funcionamento”; que a preocupação de seu artigo é estabelecer “uma reflexão em torno da orientação sobre como a interação entre os diversos tribunais internacionais *deve* acontecer nos próximos anos” (ênfase minha); e que “a chamada multiplicação dos tribunais internacionais, ao contrário de ser um novo momento de harmonia no plano internacional, coloca muitos problemas, alguns deles sem solução próxima”. O autor, dialogando com o ideal de LAUTERPACHT de “ordenação pacífica da comunidade internacional”, aduz que a complexidade do quadro institucional atual do direito internacional torna turvo o sentido da ordenação pacífica. Os juízes e tribunais internacionais possuem agenda e interesses tão diversificados ao ponto de nem eles próprios serem capazes de precisar qual seu sentido<sup>107</sup>.

Lembrando a multiplicação de órgãos judicantes nos anos 1990 e toda a discussão que a acompanhou a respeito da unidade e da segurança jurídica nas relações internacionais, GALINDO procura apontar o rumo que o diálogo entre cortes toma e deve tomar, a partir da proposta de diálogo apresentada por Anne-Marie SLAUGHTER. Vez que a autora propugna a existência de uma comunidade de cortes – da qual participam cortes internacionais e domésticas -, o professor brasileiro invoca a necessidade de haver estudos empíricos acerca deste diálogo, os quais possibilitem, inclusive, saber se este diálogo promove a “ordenação pacífica da sociedade”, ou se concretiza uma estagnação jurisprudencial da qual acarreta a permanência do estado de coisas. Conclui ser necessário conhecer a realidade social da qual emerge o direito internacional para que se possa formular soluções legítimas, criticando, por isso, a proposta de SLAUGHTER<sup>108</sup>. Verifica-se que o professor não considera o diálogo entre as cortes como um fim em si mesmo, devendo-se saber se o direito internacional contém mecanismos dinâmicos que sejam capazes de se adaptar a novos contextos,

---

<sup>106</sup> Idem; pp. 168 e 171.

<sup>107</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; *Dialogando na Multiplicação: uma Aproximação*; *Revista de Direito Internacional - Brazilian Journal of International Law*; Volume 9; jul/dez – 2012; p. 2.

<sup>108</sup> Idem; pp. 4 – 8.

removendo-se injustiças e promovendo o sentido de “ordenação pacífica da comunidade internacional”.

Pode-se notar, assim, que para além das discussões sobre se a multiplicação de órgãos judicantes no direito internacional ameaça a unidade ou representa um avanço – opondo opiniões de George ABI-SAAB, os discursos de juízes da Corte Internacional de Justiça, Cesare ROMANO, Nikolaos LAVRANOS às posições de Jonathan CHARNEY e Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, por exemplo – a partir do estudo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas houve notória preocupação com a possibilidade de diálogo entre órgãos, a perspectiva da “fertilização cruzada”, e mecanismos que possivelmente possam ser implementados com o fito de assegurar que os trabalhos de órgãos judicantes ocorram de forma coordenada. Entretanto, não há, pelo que se abstrai dos mencionados estudos, um mecanismo formalmente estabelecido para realização desta tarefa, nem mesmo parece haver consenso sobre quais e como implementá-los.

Não se pode dizer, contudo, que as propostas de diálogo entre tribunais internacionais sejam influência direta do relatório, mesmo porque este dirige breves considerações a respeito da divergência jurisprudencial, categorizando-a como um dos tipos de conflito normativo do direito internacional, sem, entretanto, se ocupar de esclarecer qual meio dispõe a sociedade internacional para solucioná-lo. Aliás, o viés institucional do tema não fora a perspectiva escolhida pelo relatório.

Apesar de a perspectiva do diálogo horizontal entre tribunais ter sido abordada durante esses anos, o ideal de estabelecimento de uma hierarquia entre tribunais internacionais não foi completamente abandonado. Em 2007, Christian LEATHLEY, da Universidade de Nova Iorque, criticou a escolha do relatório de abordar a questão unicamente sob o ponto de vista substantivo. Ele diz que ao questionar, em 2005, aos conferencistas da *American Branch of the International Law Association* sobre o porquê da escolha, foram uníssomos ao entender que o viés institucional seria complexo demais para ser tratado pelo relatório. LEATHLEY concorda com a escolha, embora preveja a inevitabilidade da discussão a ser realizada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas futuramente<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> LEATHLEY, Christian; *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?*; New York University Journal of International Law and Politics; Volume 40:259; 2007; pp. 260 e 261.

Nesse passo, o autor sustenta que, uma vez que acredita que a fragmentação do direito internacional arrisca sua credibilidade e corre o risco de se tornar descontrolada, sem o estabelecimento de uma hierarquia entre tribunais internacionais a fragmentação avançará, devendo a Corte Internacional de Justiça assumir a supremacia sobre os demais órgãos. Sua supremacia se apoiaria já pelo fato de a Carta das Nações Unidas possuir força normativa de caráter superior. Em sua proposta, porém, não há a ideia de que um tribunal deva estar estritamente vinculado à jurisprudência da Corte: os órgãos judicantes internacionais devem estar cientes do caráter instrutivo e persuasivo das decisões da Corte, ao reconhecer sua importância central ao sistema internacional<sup>110</sup>. Trata-se de uma proposta de diálogo entre órgãos judicante não pautada em mecanismos processuais para hierarquização entre órgãos, mas na convicção dos próprios órgãos de que a hierarquia existe e que a CIJ está em seu topo.

Nele MATZ-LÜCK também criticou a exclusão do viés institucional do relatório, mais precisamente por não se dedicar à questão da autoridade para decidir quais normas indicam a norma a ser aplicada. A fragmentação envolve, para a autora, uma perspectiva normativa e uma perspectiva de legitimidade para decidir; caso houvesse integração de autoridade seria mais fácil resolver problemas substantivos. O autor reconhece, contudo, que o tema da afirmação de autoridades na sociedade internacional perpassa por interesses políticos, sendo mais difícil de ser tratado<sup>111</sup>.

Já o segundo tipo de conflito possui caráter substantivo. Trata-se de situação em que a norma especial reivindica ser aplicada como exceção ao direito geral. Nos termos do relatório, tal circunstância é ilustrada pelo tratamento dispensado às reservas pelos órgãos de proteção aos direitos humanos. Como paradigma, empregou-se o caso “*Belilos*”, em 1988, apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no qual se considerou a Suíça vinculada à Convenção Europeia de Direitos Humanos independentemente de sua declaração de reserva<sup>112</sup>; e o caso “*Loizidou*”, no qual a Corte enfatizou o caráter especial da Convenção e

---

<sup>110</sup> Idem; pp. 261 – 284.

<sup>111</sup> MATZ-LÜCK, Nele; *Structural Question of Fragmentation*; in *Fragmentation of International Legal Orders and International Law: Ways Forward?*; American Society of International Law; 2011; p. 126.

<sup>112</sup> A senhora Belilos teria tomado parte de uma manifestação em Laussane a qual não teria permissão prévia, por ser estrangeira. Foi multada pela polícia e, frente a autoridades judiciais suíças, alegou que a imposição de sanções criminais, por força do disposto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, deveria ser realizada por autoridade judicial competente. No entanto, esta não teve seu direito reconhecido, porquanto a Suíça formulara reserva ao artigo 6º da Convenção. Em 1983, a senhora Belilos formulou reclamação junto à Comissão Europeia de Direitos Humanos. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, quando o caso lhe foi finalmente submetido, que a declaração feita pela Suíça não poderia ser entendida como reserva. Seria uma

a necessária compatibilidade entre a reserva e o objeto e propósito da Convenção<sup>113</sup>. O conflito se estabelece, desta forma, a partir da constatação de propriedades especiais as quais possuem determinados tipos de normas, de modo que suas excepcionalidades obstam a aplicação de padrões normativos gerais, o que seria o caso das reservas<sup>114</sup>.

Sobre este tipo de conflito cabe indicar que para muitos autores há conveniência na especialidade de normas e instituições, sobretudo por favorecer o aprimoramento de institutos e procedimentos, com especial importância aos direitos humanos, conforme será analisado.

Por fim, o terceiro tipo de conflito se dá caso dois conteúdos normativos se apresentem como especiais. Afigura-se tal hipótese pelo fato de os conteúdos do direito internacional serem organizados em corpos jurídicos tematicamente delimitados. O relatório o exemplifica com o caso “Hormônios”, de 1998, no qual a Organização Mundial do Comércio esteve

---

declaração interpretativa, entendendo o direito de acesso judicial como sendo um controle último e não primário, mas não poderia ser lida como reserva, mesmo porque no instrumento de ratificação a Suíça formulara reserva e declaração, sendo, portanto, dois atos distintos. Ademais, a Convenção proíbe a formulação de reserva de caráter genérico. Curiosamente, foi o governo suíço quem lançou mão do argumento acerca da necessária compatibilidade da reserva com objeto e propósito da Convenção: “At the hearing before the Court the Government mentioned a third point: compatibility with the object and purpose of the Convention. They considered such compatibility to be beyond doubt in the instant case, as the declaration related only to a particular aspect - not the substance - of the right to a fair trial” (Corte Europeia de Direitos Humanos; *Marlène Belilos v. Switzerland*; 29 de abril de 1988).

<sup>113</sup> A senhora Titina Loizidou, cipriota, fora impedida de acessar suas propriedades em Kyrenia, por ocasião da invasão turca no Chipre, ocorrida em 1974. Ela chegara a participar de uma marcha de mulheres, em 19 de março de 1989, reivindicando a possibilidade de os refugiados greco-cipriotas de retornarem às suas casas e, por esta razão, foi detida pela polícia turco-cipriota. O caso se iniciou por requerimento da República do Chipre contra a República da Turquia, por petição dirigida a Comissão Europeia de Direitos Humanos. Titina Loizidou constituíra advogado e tomara parte no procedimento. Uma vez que a República da Turquia formulara uma declaração de reserva, condicionando a aplicação da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais aos termos de sua Constituição e aos seus limites territoriais, em caso de omissão das autoridades turcas, sobre a qual emergiram reações das demais partes, e, posteriormente, ao tratar da jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, condicionou a aplicação da Convenção à reciprocidade, esta suscitara objeções preliminares à jurisdição da Corte. Ao decidir as objeções preliminares, a Corte afirmou a responsabilidade extensiva a regiões autônomas e protetorados. Afirmou, também, que o objeto e propósito da Convenção deva ser considerada. Considerou que os atos praticados no Chipre ocupado devem ser entendidos como correspondendo à jurisdição turca e, assim, rejeitou as objeções. Ao julgar o mérito, a Corte firmou entendimento no sentido de que as normas relativas a interpretação de tratados previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 devem ser levadas em consideração e, embora afirmando os direitos humanos como tendo caráter especial, estes não se aplicam no vácuo, de modo que a Corte deve levar em consideração qualquer norma relevante de direito internacional aplicável às partes. A partir disso, coube à Corte analisar a situação jurídica da República Turca do Chipre do Norte (RTCN). Entendeu-se não se tratar de um estado; e, neste passo, a questão passou a envolver uma discussão a respeito da responsabilidade internacional do estado, mormente sobre o grau de controle que a República da Turquia exerceria sobre a RTCN. A Corte enfatizou que a falta de acesso da Senhora Loizidou aos seus bens ocorreria não em função de um ato da RTCN, mas da própria invasão feita pela República da Turquia. Por isso, entendeu não ser necessário avaliar o grau de controle que esta exerceria sobre aquela. Assim, considerou que a violação seria imputável à República da Turquia.

<sup>114</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 33.

diante de um confronto entre as normas de comércio internacionais as quais possui a atribuição de aplicar e um conteúdo pertencente ao direito internacional ambiental, especialmente a respeito do “princípio da precaução”. O Órgão de Apelação da OMC concluiu, nesta oportunidade, que o referido princípio não se tornara vinculante ao seu sistema. Esta decisão sugeriria, para o relatório, que ambas as esferas normativas existem separadamente e são instruídas por diferentes princípios jurídicos, de sorte que as fronteiras entre os “ramos” de direito especializados não se demonstrem com clareza, mesmo que grande parte das questões jurídicas contenham implicações comerciais e ambientais<sup>115</sup>.

Conquanto os dois últimos tipos de conflito expressam a abordagem pretendida pelo relatório a respeito da fragmentação e tem seu desenvolvimento ao longo de todo o capítulo dedicado à *lex specialis*, seus argumentos e os respectivos impactos serão discutidos nos itens seguintes.

---

<sup>115</sup> Idem; p. 34. Ver o caso “European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)”; 13 de fevereiro de 1998 (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R). A Comunidade Europeia banuiu a produção e importação de carne com introdução de hormônios, o que motivou os Estados Unidos da América a requererem consultas, em 1996, acerca da proibição. A Comunidade Europeia, entre outros argumentos, sustentou que a medida estaria amparada sobre o princípio da precaução, como resume o relatório do “panel”: “Las Comunidades Europeas sostenían que la idea de que pudiera existir un riesgo asociado a la exposición a largo plazo a una mezcla de sustancias, de la que resultara una posible biotransformación de otros compuestos, era precursora del denominado principio “de precaución” y ocupaba una posición clave en la política que las Comunidades Europeas seguían en esas cuestiones”. Embora no Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC haja previsão da possibilidade de restrição de importações para fins de proteger o ambiente e a saúde humana, esta exige que a medida seja embasada em evidências científicas, lidando com o tema de forma diferente, por exemplo, da Convenção sobre Diversidade Biológica, cujo preâmbulo diz, entre outras coisas: “Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda da diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar esta ameaça, ...”. O desfecho do caso foi pela adoção das normas e regras contidas nos acordos abrangidos da OMC, visto que, conforme decidiu o Órgão de Apelação: “confirma las conclusiones del Grupo Especial de que el principio de cautela no puede prevalecer sobre el texto explícito de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, y que dicho principio há sido incorporado al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, entre otras disposiciones” (conclusões do Órgão de Apelação; p. 116). Representativo da análise acerca do status jurídico do princípio da precaução frente aos membros da OMC, conforme aponta o relatório, foi o parágrafo 123 do Informe do Órgão de Apelação: “La condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos e los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se há cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario. El hecho de que havia sido aceptado ampliamente por los Miembros como un principio de derecho internacional general o consuetudinario parece menos claro. No obstante, consideramos que es innecesario, y probablemente imprudente, que en esta apelación el Órgano de Apelación tome posición sobre esta importante pero abstracta cuestión. Tomamos nota que el próprio Grupo Especial no hizo ninguna constatación definitiva con respecto a la condición del principio de cautela en el derecho internacional y que el principio de cautela, por lo menos fuera del ámbito del derecho medioambiental internacional, aún no tiene una formulación autorizada”.

## 2.2. ‘*Lex specialis*’ no direito internacional público.

Diz o relatório que a máxima ‘*lex specialis derogat generali*’ possui ampla aceitação em textos doutrinários enquanto técnica de solução de conflitos normativos. Esta se aplica caso entre duas normas em conflito não haja uma relação hierárquica, de modo que obrigue o intérprete a escolher aquela que se dirige mais especificamente ao caso. Entretanto, nos termos do relatório, há dificuldades em distinguir o que é “geral” e o que é “particular”, seja do ponto de vista de seu conteúdo ou sobre o número de participantes de um ou de outro tratado; como também há neste critério uma relação pouco clara com o critério cronológico, por meio do qual a norma posterior derroga a anterior<sup>116</sup>.

Em artigo sobre a caracterização de tratados como meio de solucionar conflitos normativos, Ahmad Ali GHOURI, analisando aos três tipos de conflito tratados no item anterior, sustenta que, em relação ao primeiro tipo – divergência jurisprudencial -, o próprio direito geral pode estar sujeito a variações interpretativas as quais dependam da política adotada pelo órgão julgador. Esses conflitos são, para o autor, sistêmicos ou institucionais, em oposição aos conflitos de racionalidade. Os conflitos de racionalidade aparecem quando uma instituição é instada a se manifestar sobre normas que não estão contidas em sua perspectiva; neste caso, não é possível solucionar o conflito. Por isso, nem o primeiro nem o segundo tipos de conflito podem ser solucionados: o segundo tipo de conflito, no qual uma norma se apresenta como exceção ao direito geral, a resolver-se pela identificação daquela que tenha escopo mais delimitado, em um contexto no qual as normas jurídicas são organizadas em corpos especializados (regimes), torna-se insolúvel pela dificuldade em encontrar a norma especial<sup>117</sup>. Por esta razão, o autor não enxerga no critério da especialidade a fórmula adequada para a solução de conflitos normativos, dependendo tal solução de uma adequada ‘categorização de tratados’, conforme será pontuado mais adiante.

Apura o relatório que, a despeito de não haver previsão expressa sobre o critério – ou princípio – da especialidade na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), geralmente este é discutido como meio de interpretação de tratados, bem como é associado ao critério cronológico, previsto no artigo 30 da referida Convenção. Há quem

---

<sup>116</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 34 – 36.

<sup>117</sup> GHOURI, Ahmad Ali; *Is Characterization of Treaties a Solution to Treaty Conflicts?*; *Chinese Journal of International Law*; Volume 11; 2012; pp. 252 – 254.

advogue, porém, que sua aplicação não está necessariamente relacionada ao direito dos tratados, visto constituir-se como senso comum e implicações do próprio uso linguístico<sup>118</sup>.

Acerca das hipóteses de operação da norma '*lex specialis*', esta pode ocorrer: (a) dentro de um único instrumento escrito; (b) entre dois instrumentos escritos; (c) entre um tratado e um padrão normativo decorrente de outra fonte, como costume ou princípios gerais; (d) entre padrões normativos não firmados em tratados<sup>119</sup>. O relatório também resgata uma série de decisões, emanadas de diferentes órgãos judicantes ao longo da história, às quais o critério da especialidade fora aplicado<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 38 e 39. Nos manuais de direito internacional brasileiro, por vezes, o critério da especialidade é incluído nos itens relativo a conflitos entre tratados. Francisco RESEK, analisando o critério da posterioridade, diz que “há lugar, também, no mesmo caso, para a regra *lex specialis derogat generali*, quando se apure que, independentemente da ordem cronológica, quiseram as partes abrir exceção a certo dispositivo de alcance geral em situações determinadas, para as quais previram disciplina diferente” (RESEK, Francisco; Direito Internacional Público – Curso Elementar; Editora Saraiva; 14ª Edição, 2013; p. 124). Hildebrando ACCIOLY, G. E. NASCIMENTO e Paulo Borba CASELLA mencionam o critério da especialidade também tratando de tratados sucessivos, ao apontar a opinião de GRÓCIO sobre o tema: “Várias soluções têm sido apontadas, a começar com a tese da *lex prior*, defendida por H. GRÓCIO, no século XVII, e que contou com a aceitação da CDI em 1953, tomada por base o projeto de H. LAUTERPACHT. A tese contrária, da *lex posterior*, pode ser acolhida em alguns casos restritos, conforme ocorre no parágrafo 3 do artigo 30. Apesar de favorável à *lex prior*, GRÓCIO era de opinião que, no caso de existir tratado específico – a *lex specialis* –, ele deve ser preferido: *lex specialis derogat generali*” (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E.; CASELLA, P. B.; Manual de Direito Internacional Público; Editora Saraiva; 19ª Edição; São Paulo/SP; p. 170).

<sup>119</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 40: “...(a) within a single instrument; (b) between two diferente instruments; (c) between a treaty and a non-treaty standard and (d) between two non-treaty standards”.

<sup>120</sup> Exemplificativamente do caso de haver um conflito entre normas previstas em um mesmo instrumento, apontou-se o caso “*Beagle Channel Arbitration*” – instaurado para apurar um tratado de fronteiras datado de 1881, cujo artigo II não as delimitou detalhadamente, o que coube ao artigo III. Decidiu-se que o artigo II esculpia normas gerais e o artigo III possuía eficácia direta, por ser norma especial. A Corte Europeia de Direitos Humanos aplicara em sucessivas oportunidades o critério da especialidade relativamente aos dispositivos contidos na Convenção de Direitos Humanos, sobretudo entre o artigo 5 (4) ou 6 e o artigo 13, por serem os primeiros normas de caráter especial em relação ao segundo. Também o artigo 11 foi considerado '*lex specialis*' em relação ao artigo 10. O relatório critica tais decisões, visto que os dispositivos não apresentam estritamente um conflito, pois a aplicação de uns deve ser lida como a aplicação de outros. Por seu turno, como exemplo de conflito entre diferentes instrumentos, o relatório indica o caso “*Mavrommatis*”, apreciado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo conflito se estabelece a respeito de sua jurisdição, oportunidade em que tratou o “Protocolo XII do Tratado de Lausanne” como norma posterior e específica. O relatório também afirma que a Organização Mundial do Comércio aplicou em alguns casos o critério da especialidade em relação aos seus “acordos abrangidos”, não constatando sua aplicação em relação a instrumentos não pertencentes ao seu sistema. Há o caso *JT's Corporation Ltd v. Commission of the European Communities* (caso T-123/99), julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual houve consideração de norma especial em relação a uma hierarquia normativa, o que, segundo o relatório, ocorre por estarem ambas as normas inseridas em um regime. Já o exemplo da situação em que uma norma prevista em um tratado e um padrão normativo oriundo de outra fonte, aponta-se o caso “*INA Corporation v. Government of the Islamic of Iran*”, ajuizado frente ao Tribunal de Reivindicações Irã-Estados Unidos, no qual o Tratado de Amizade foi tido como '*lex specialis*' em relação à norma geral estabelecida pelo costume. Foram também estes os resultados das apreciações dos casos “Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua” (1984) e “Plataforma Continental entre a Tunísia e a Líbia” (1982), da Corte Internacional de Justiça. Esses casos demonstram, segundo o relatório, a prevalência da norma especial em detrimento da norma geral e a derogabilidade do

Conquanto inexista hierarquia formal entre as fontes do direito internacional, mas uma hierarquia informal a qual confere primazia ao direito escrito, bem como o direito geral não traduz, necessariamente, *jus cogens*; os tratados geralmente se sobrepõem ao costume e o tratado específico se sobrepõe ao tratado geral. Igualmente, o relatório afirma que o costume local possui primazia sobre o costume geral; e o costume possui primazia sobre os princípios gerais do direito. Há, nos termos do relatório, como dito, uma hierarquia não estabelecida juridicamente, a qual emerge naturalmente no raciocínio jurídico<sup>121</sup>.

Porém, é comum, de acordo com o relatório, haver consideração a respeito da especialidade normativa apenas em casos difíceis, de modo que nos casos fáceis a norma especial é considerada como exauriente da questão jurídica e, como consequência, sequer é relacionada ao contexto normativo geral<sup>122</sup>.

A norma especial pode corresponder à aplicação do direito geral ou pode ser considerada como sua modificação. No primeiro caso haverá aplicação simultânea, já que não há propriamente um conflito; a aplicação da '*lex specialis*' ocorre genuinamente no segundo caso. De acordo com o relatório – embasando-se no caso "*Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (WT/DS34/R)* -, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tem aplicado o critério da especialidade apenas caso seja impossível uma interpretação harmoniosa<sup>123</sup>. Esta mesma orientação foi incluída nos comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas acerca do artigo 55 do 'Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados',

---

costume por disposição especial em contrário. A quarta situação, na qual dois padrões normativos não corporificados em um tratado, é ilustrada com o caso do "Direito de Passagem sobre o Território Indiano" (1960), no qual a Corte Internacional de Justiça entendeu que a prática específica do direito de trânsito sobre o território indiano deve prevalecer sobre qualquer padrão normativo geral. (Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 40 – 47).

<sup>121</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 47.

<sup>122</sup> Idem; p. 48.

<sup>123</sup> O procedimento foi iniciado pela Índia a partir de restrições feitas pela Turquia a importação de produtos têxteis e roupas. O Informe do Grupo Especial invocou as regras de interpretação contidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a fim de estabelecer que as obrigações decorrentes dos acordos abrangidos ao sistema da OMC devem ser cumpridas cumulativamente, a menos que se identifique um conflito normativo, de modo que não há conflito caso uma obrigação seja mais estrita que outra. O órgão invocou, ademais, o princípio da interpretação efetiva, segundo o qual todas as disposições de um tratado devam ser lidas como constituindo um conjunto. Assim, avaliou-se a compatibilidade do artigo XXIV (Aplicação Territorial – Tráfego Fronteiriço – União Aduaneiras e Zonas de Livre Troca) com os artigos XI (Eliminação Geral das Restrições Quantitativas) e XIII (Aplicação Não Discriminatória das Restrições Quantitativas) e o parágrafo 4º do artigo 2º do ATV (Acordo da OMC sobre produtos têxteis e vestuário), uma vez que o caso envolvia a relação entre o sistema da OMC com uniões aduaneiras, propriamente a união estabelecida entre a Turquia e a Comunidade Europeia por meio do Acordo de Ancara. O Informe esclarece ser necessário evitar interpretações que conduzam ao conflito de normas.

segundo o qual a aplicação da ‘*lex specialis*’ exige que haja inconsistência entre a norma geral e a norma especial<sup>124</sup>.

Neste sentido, SIMMA e PULKOWSKI, para quem o critério da especialidade possui boas condições de dar um sentido geral ao direito internacional – já que por ser pouco e opaco, o *jus cogens* não teria condições de oferecer um guia para a fragmentação do direito internacional - especificamente sobre a questão da responsabilidade internacional do estado, por ser este o âmbito de aplicação da norma especial, e para quem o sistema geral de responsabilidade deve ser aplicado subsidiariamente, como também reconhecendo que há inúmeras dificuldades à aplicação do critério, defendem que é preciso primeiramente recorrer ao artigo 31 da CVDT com o fito de saber se a substituição normativa foi integralmente intencionada pelos estados, e, em um segundo momento, deve-se recorrer ao “direito internacional geral” para se saber se a referida derrogação é por este permitida<sup>125</sup>. Os autores não mencionam diretamente a boa-fé na interpretação de tratados, mas neste ponto é importante registrar, adicionalmente, a opinião de CASELLA (ACCIOLY; NASCIMENTO), para quem “por meio de interpretação judiciosa e de boa-fé é possível na maioria demonstrar que os dois textos podem ser mantidos”<sup>126</sup>.

O que se demonstra é que há certo consenso de que o critério de derogabilidade normativa a partir da especialidade de uma norma só deve ser aplicado quando da impossibilidade em ter as obrigações em conflito como harmoniosas, embora, conforme apontou o relatório, a Corte Europeia de Direitos Humanos tenha em determinados casos aplicado mesmo em situações em que não havia propriamente um conflito normativo. Como estágios iniciais antes de ter a relação entre normas como conflitiva, SIMMA e PULKOWSKI submetem a aplicação do critério à análise sobre se a exceção à regra geral fora intencionada pelos estados<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 49 e 50. Segundo o relatório, esta noção foi inspirada na decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso “*Neumeister v. Austria*” (1974), no qual a corte entendeu não haver conflito entre os artigos 5 (5) e 50 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em outros casos, porém, como o relatório já havia indicado, houve consideração de determinadas normas como sendo ‘*lex specialis*’, como foi o caso “*Nikolova v. Bulgária*” (1999), mesmo que ausente um conflito normativo. Em casos em que ambas as normas foram tidas por complementares, o relatório entende que a relação entre especial e geral é substituída por uma relação entre meio e fim, a partir da qual certa norma visa assegurar o fim almejado por outra norma (Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 52).

<sup>125</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI; *Of Planets and The Universe: Self-contained Regimes in International Law*; The European Journal of International Law; Volume 17; n° 3; 2006; pp. 499 – 501.

<sup>126</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E.; CASELLA, P. B.; Op Cit. Nota 118; p. 170.

<sup>127</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Op. Cit. Nota 125; p. 501.

Para o relatório, há duas razões pelas quais é útil a análise da norma especial como aplicação ou modificação do direito geral. Primeiramente, no caso de se constatar que se trata de aplicação, deve-se considerar a norma geral como contida na norma especial; em segundo lugar, a relação entre as normas raramente se apresenta com nitidez, sendo importante seu esclarecimento<sup>128</sup>.

O critério da especialidade deve ser aplicado conjuntamente com o critério topológico, caso a norma em conflito seja expressão do '*jus cogens*'. Isto significa que a previsão mais específica só poderá prevalecer caso goze de mesmo status normativo que a norma derogada ou modificada<sup>129</sup>.

Por oportuno, o relatório faz indagações teóricas sobre possíveis conteúdos nos quais uma norma pode ser considerada especial. Aponta-se as condições do exercício de legítima defesa estabelecidas no artigo 51 da Carta das Nações Unidas<sup>130</sup> como possível norma especial em relação à proibição da ameaça ou uso da força contida artigo 2 (4)<sup>131</sup> do diploma. A existência de um ataque armado autorizaria a aplicação do artigo 51, legitimando a defesa, e afastaria a proibição geral do uso da força. Neste caso, diz o relatório, ambas as normas salvaguardam o mesmo propósito de assegurar a integridade territorial e a independência política de um estado, razão pela qual o artigo 51 não se apresentaria claramente como exceção ao artigo 2 (4). Faz menção, também, ao *Parecer Consultivo sobre a Licitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, no qual a Corte Internacional de Justiça estabeleceu uma associação entre os direitos humanos e o direito humanitário, mas quando buscou o sentido de "privação arbitrária à vida", esta considerou que o direito humanitário se aplicava enquanto '*lex specialis*'<sup>132</sup>. Disso conclui que a consideração de uma norma como aplicação

---

<sup>128</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 51.

<sup>129</sup> Idem; p. 52.

<sup>130</sup> Artigo 51 da Carta das Nações Unidas: "Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais".

<sup>131</sup> Artigo 2 (4) da Carta das Nações Unidas: "Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas".

<sup>132</sup> O Parecer foi solicitado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a qual decidira consultar a Corte por meio da resolução 49/75K (um primeiro parecer fora solicitado pela Organização Mundial da Saúde, porém, uma vez que as organizações internacionais não resguardam competência genérica, como os estados, mas são guiadas pelo princípio da especialidade, a consulta não teria pertinência com as atribuições institucionais da OMS, conforme entendimento da Corte), adotada em dezembro de 1994. Questionara-se se o uso ou a ameaça do uso de armas nucleares são permitidas pelo direito internacional. Na ausência de norma direta proibindo o

ou afastamento de outra depende do contexto no qual a norma é aplicada, inclusive levando em consideração seu objeto e finalidade<sup>133</sup>.

Delineia, ademais, situações em que uma norma pode corresponder à aplicação, atualização ou desenvolvimento de uma outra norma. Um instrumento regional, como exemplifica o relatório, pode corresponder à implementação técnica de uma instrução proveniente do quadro normativo geral. É o caso do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, o qual pode ser considerado '*lex specialis*' em relação à Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio. O primeiro instrumento confere concretude aos princípios gerais da Convenção. Há, portanto, aplicação conjunta, tornando-se o Protocolo a norma de aplicação imediata e um mecanismo autorizado a dizer o que as normas contidas na Convenção significam<sup>134</sup>.

O relatório argumenta, no caso de conflito, que a aplicação do direito geral remanesce em caráter residual, condicionando a interpretação da norma especial, em consonância com o entendimento firmado no *Parecer Consultivo sobre a Licitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*. Neste ponto, a relação entre o direito humanitário e os direitos humanos é enfatizada a partir da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, como demonstração de que a aplicação da norma especial não faz a norma geral ser abolida. A circunstância da guerra, como afirma o relatório, não faz os direitos humanos serem abolidos. Na medida em que o relatório faz diferenciação entre casos fáceis e difíceis e entende o Parecer como exemplificativo do segundo, por meio do qual a Corte teve de tomar decisões que envolvem diferentes conjuntos normativos, entende-se que a aplicação dos direitos humanos, ignorando-se a circunstância do conflito armado, seria muito idealista; de modo que a Corte logrou realizar uma associação entre ambos a partir de uma visão sistêmica<sup>135</sup>.

---

uso ou a ameaça ao uso de armas nucleares, a Corte passou a analisar uma série de normas as quais poderiam ser violadas pela natureza e extensão de danos causados por ditas armas. Sobre considerações acerca do direito à vida, e diante do argumento de que os direitos humanos são desenhados para os tempos de paz, a Corte observa que os direitos humanos não deixam de existir em tempos de guerra. A norma aplicável em tempos de guerra é, porém, em relação aos direitos humanos, norma especial (*lex specialis*). Por isso, uma privação arbitrária à vida só pode ser assim qualificada pelo direito humanitário, em tempos de guerra. Considerou-se, ademais, a propensão ao genocídio, tendo em vista que as armas nucleares provocam destruições em massa, embora isso só possa ser constatado diante de situações concretas; tais armas também possuem enorme potencial em violar normas de proteção ao ambiente natural; como há uma grande probabilidade de violação ao princípio da precaução, e potencial violação à proibição de ataques a não-combatentes.

<sup>133</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 53.

<sup>134</sup> Idem; pp. 54 e 55.

<sup>135</sup> Ibidem; pp. 56 e 57.

Especificamente sobre a relação entre direitos humanos e humanitário, escreveu Bill BOWRING, em artigo intitulado “*Fragmentation, lex specialis and the tensions in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*”, em 2010, opondo-se à ideia de complementariedade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário. Ele considera que há um erro nas decisões da Corte Internacional de Justiça – em particular, no *Parecer Consultivo Sobre a Licitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares* (1996); no *Parecer Consultivo Sobre as Consequências Jurídicas da Construção de Um Muro no Território Palestino Ocupado* (2004); e no *Caso de Atividades Armadas no Território do Congo* (2005) -, as quais consideram não haver cessação dos direitos humanos no contexto de um conflito armado e que o direito humanitário deve ser aplicado enquanto ‘*lex specialis*’. BOWRING diz não se opor à não cessação dos direitos humanos, e sim à consideração de ambos como “ramos do direito internacional comensuráveis”. Também o autor não considera que a relação entre ambos simbolize fragmentação, já que jamais houve entre eles unidade a ser fragmentada<sup>136</sup>.

Nesse passo, BOWRING sustenta que as semelhanças entre os direitos humanos e o direito humanitário encerram-se aos fatos de serem ratificados e vinculantes aos estados, além de serem comumente organizados em tratados multilaterais. Os dois “ramos” do direito internacional possuem vastas diferenças, a começar por seus distintos marcos históricos, de sorte que o direito humanitário é muito mais antigo do que os direitos humanos. O direito humanitário tem os conflitos armados como um fato dado e, assim, envolve sua aplicação entre estados. Diferentemente, os direitos humanos é fruto de um revolucionário esforço coletivo que habilita o indivíduo a se opor à ordem baseada em estados. Levando em consideração tais diferenças, o autor opõe-se àqueles que procuram estabelecer uma ligação entre direitos humanos e direito humanitário, entendendo-os como interdependentes ou conclamando que o direito humanitário seja lido à luz dos direitos humanos; e manifesta concordância ao trabalho da Corte Europeia de Direitos Humanos no *Caso dos Chechenos*

---

<sup>136</sup> BOWRING, Bill; *Fragmentation, lex specialis and the tensions in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*; *Journal of Conflict & Security Law* – Oxford University Press; 2010; pp. 485 – 489. Sobre interseções temáticas, propriamente sobre os Tratados Bilaterais de Investimento e sua relação com os direitos humanos, ver SHEFFER, Megan Wells; *Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights?*; *Denver Journal of International Law and Policy* (483); 22 de junho de 2011. A autora destaca a forma descentralizada, frustradas as tentativas de estabelecimento de um sistema multilateral de investimento, a qual tornou este ramo firmado essencialmente por vias bilaterais. Na medida em que disputas são geralmente solucionadas por meio de arbitragem, uma vez que conflitos emergem, declara-se geralmente a falta de jurisdição sobre questões envolvendo direitos humanos. A apropriada interseção entre os ramos deve acontecer com harmonização.

*contra a Rússia*, nos quais a Corte aplicou os direitos humanos e se absteve de mencionar institutos de direito humanitário. Ele argumenta, aliás, que se a Corte tivesse considerado o direito humanitário, sua conclusão seria certamente diferente<sup>137</sup>.

Portanto, BOWRING possui convicção contrária a grande parte de estudiosos do direito humanitário, os quais têm procurado encontrar e enfatizar a sua intersecção com os direitos humanos. Recusa, inclusive, a ideia de que o direito humanitário existe enquanto '*lex specialis*' do direito geral, representado pelos direitos humanos e assinala inexistir nisso elementos de fragmentação, visto que entre os "ramos" não há unidade a ser fragmentada. Discorda dos termos de análise do relatório a respeito da norma especial.

Deste modo, parece haver dificuldades em categorizar um "ramo" do direito internacional como sendo *lex specialis* em relação a outro, sobretudo quando se proclama a não cessação de um frente às circunstâncias que invocam a aplicação de outro. Embora a não cessação pareça indicar complementariedade, a qualificação como *lex specialis*, contraditoriamente, parece apontar para exclusão. Talvez a relação entre direitos humanos e direito humanitário possa ser compreendida sob pressupostos diferentes como, por exemplo, a compreensão de que os direitos humanos constituem o alicerce axiológico do direito humanitário. Isso significaria reputar como correta a proposição do professor Pedro de Abreu DALLARI, o qual, conforme já indicado, entendeu que os direitos humanos são mais do que especialidade temática no direito internacional, mas autêntico fator estruturante de seu sistema normativo<sup>138</sup>. Neste caso, caberia à sociedade internacional indicar se os direitos humanos são "ramo" ou "tronco" do direito internacional.

A excepcionalidade pode ou não estar contida em um instrumento escrito, nos termos do relatório. No artigo 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>139</sup> há expressa previsão da excepcionalidade a qual dispensa o estado das obrigações nele estabelecidas. No entanto, frequentemente a excepcionalidade não está expressa em um instrumento, o que demanda um esforço de identificação do que seja central ou marginal em um determinado caso. Para tanto, as partes e os órgãos judicantes recorrem à hierarquia

---

<sup>137</sup> BOWRING, Bill; Op. Cit. Nota 136; pp. 489 – 497.

<sup>138</sup> Ver nota 83.

<sup>139</sup> Art. 4º: "Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social".

informal, segundo defende o relatório. A preferência adotada deve ser esclarecida e levar em consideração objetivos sistêmicos do direito<sup>140</sup>.

Uma outra hipótese, tratada pelo relatório, dá-se caso a norma especial seja proibida pelo direito geral. Este faz frequente referência ao fato de que a maior parte do direito geral é dispositivo, de modo que autoriza disposição em contrário<sup>141</sup>. O relatório salienta, neste ponto, que no caso da usina de MOX, o Tribunal Arbitral esclareceu que sua decisão se basearia no corpo jurídico sobre o qual a disputa se funda – a OSPAR –, levando em consideração, entretanto, o costume, os princípios gerais do direito e eventuais normas imperativas do direito internacional, as quais os estados envolvidos não estão autorizados a derrogar por meio da formulação de ‘*lex specialis*’<sup>142</sup>.

Conforme o relatório, a permissibilidade da elaboração de norma especial dependerá se a norma do direito geral é expressão do *jus cogens*, mas inclusive de quem são os beneficiários da norma, visto que uma obrigação assumida por dois estados não pode afetar terceiros, incluindo indivíduos e entidades não-estatais; dependerá também dos termos do direito geral, como sua natureza “integral” ou “interdependente”, se constitui uma obrigação *erga omnes* ou se a norma expressa uma prática sobre a qual há uma expectativa de não derrogação. Deve-se, para tanto, avaliar o objeto e propósito do direito geral<sup>143</sup>.

Ademais, o critério se aplica entre diferentes obrigações que sejam válidas para as mesmas partes. Caso uma obrigação assumida entre dois estados inviabilize o cumprimento de uma obrigação com terceiros, essa questão será discutida em termos de tratados sucessivos. Segundo o relatório, a operação da ‘*lex specialis*’ é confusa neste caso, e não encontra um critério claro no artigo 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>144</sup>.

Para que se empregue o critério da especialidade é necessário que as normas geral e específica tratem do mesmo assunto. No entanto, como uma previsão normativa pode ter implicações sobre diferentes “ramos” do direito internacional, esta ideia de que as normas geral e específica devem tratar do mesmo assunto se torna obscura. O relatório conclama, neste ponto, que haja articulação justificada da relação sistêmica entre “ramos” do direito,

---

<sup>140</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 58.

<sup>141</sup> O relatório alerta que a questão do *jus cogens* será tratada em capítulo próprio e este trabalho, igualmente, abordará a discussão separadamente e com maior detalhamento.

<sup>142</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 59.

<sup>143</sup> *Idem*; p. 60.

<sup>144</sup> *Ibidem*; p. 62.

ao exemplo do *Parecer Consultivo sobre a Licitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, no qual, segundo o relatório, tanto o direito humanitário como os direitos humanos apresentavam certo aspecto de ‘*lex specialis*’<sup>145</sup>.

Este ponto parece ser frequentemente apontado como a principal dificuldade de se ver o critério da especialidade como meio de solucionar conflitos normativos e como forma de corrigir o problema da fragmentação do direito internacional: os conteúdos jurídicos no direito internacional são organizados em “esferas operacionais”, diria JENKS, que causam impactos uns sobre os outros, mas que, por tratarem de assuntos diferentes, reclamam todos ser lidos como específicos. Trata-se do problema subjacente aos chamados “regimes autônomos”. Como já assinalado, inclusive, a organização do direito internacional em “regimes autônomos” faz com que certos estudiosos, como Ahmad Ali GHOURI, não acreditem que o critério da especialidade seja apropriado para resolver conflitos normativos.

Nesse sentido, inclusive, opinaram Ralf MICHAELS e Joost PAUWELYN, os quais desafiam a ideia de que todo o direito internacional possa corresponder a um sistema jurídico. Para eles, é impossível aplicar os critérios de derogabilidade em caso de conflito normativo porque as normas em conflito não pertencem ao mesmo sistema. Essencialmente, no direito internacional, os conflitos se estabelecem entre sistemas jurídicos e não somente entre normas<sup>146</sup>.

Anthony AUST, por sua vez, lança suspeitas a respeito da aplicação do critério da posterioridade, depositando no critério da especialidade melhor condição para resolver conflitos normativos<sup>147</sup>. Foi esta também, como indicado, a preferência de Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI. O que se demonstra é que, uma vez que todos os critérios de derogabilidade ou preferência normativa apresentam dificuldades, há apoiadores de uns e outros, como melhor meio para se definir a norma a ser aplicada. De um modo geral, as maiores expectativas têm recaído sobre o critério da especialidade, o que não elimina vieses céticos sobre esta.

---

<sup>145</sup> Ibidem; p. 63.

<sup>146</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*; *Duke Journal of Comparative & International Law*; Volume 22; Iss. 3; 349 – 376.

<sup>147</sup> “Fortunately, many apparent conflicts can be resolved merely by interpretation of the treaties, and particularly by applying the principle that a specific rule prevails over a general rule” (AUST, August; *Modern Treaty Law and Practice*; Cambridge University Press; Second Edition; New York/2007).

### 2.3. ‘*Lex specialis*’ e regimes autônomos (self-contained regimes).

#### 2.3.1. O problema de definição de “regimes autônomos”.

Há variados sentidos para a expressão “regimes autônomos”. Ora estudiosos a articulam para designar subsistemas os quais, por contarem com previsão acerca das consequências a uma violação, derogam o direito geral de responsabilidade internacional do estado, ora a empregam para designar um corpo de especialidade funcional. O relatório indica três sentidos para a expressão.

Nos comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas acerca do artigo 55 do ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’, destaca o relatório, faz-se distinção entre “formas fracas” e “formas fortes” de ‘*lex specialis*’. Ao exemplificar as formas fortes, os comentários fazem alusão aos casos “*S.S. Wimbledon*”, apreciado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1923, e ao *Caso Reféns (Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã)*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1980<sup>148</sup>. Os comentários tratam os regimes autônomos como uma subcategoria de ‘*lex specialis*’ na qual um corpo jurídico de normas secundárias reclama prioridade sobre o direito geral da responsabilidade do estado<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> No primeiro caso, confrontaram-se os governos da Majestade Britânica, da República Francesa, da Majestade do Rei da Itália e do Imperador do Japão contra o governo da Alemanha, por ter este impedido a navegação do navio a vapor britânico, *Wimbledon*, sobre o Canal de Kiel, em março de 1921, muito embora o artigo 380 do Tratado de Versalhes previa a livre navegação de navios comerciais e de guerra oriundos de nações amigas da Alemanha. Embora a República de Weimar se estabeleceria anteriormente ao caso, este foi registrado como sendo contra o Império Germânico. Em sua defesa, o governo da Alemanha alegou que o artigo 380 não poderia impedir uma regulação de neutralidade alemã sobre a guerra polaco-soviética. A Corte reconheceu o direito da Alemanha de se defender de seus inimigos a partir do impedimento da entrada de navios no canal. No entanto, decidiu que a força das palavras do artigo 380 do Tratado de Versalhes difere de suas outras previsões, constituindo um regime autônomo de livre navegação. Já no Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã, envolveram-se os governos dos Estados Unidos e do Irã em um litígio a respeito do corpo diplomático e consular feito de refém em Teerã. O Irã se defendeu ao sustentar ser necessária a consideração de mais de 25 anos de contínua interferência dos Estados Unidos em seus assuntos internos. A Corte decidiu que o direito diplomático constitui um regime autônomo, de modo que seu respeito independeria das circunstâncias levantadas pelo Irã: “The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal to conter any such abuse (...)” (Corte Internacional de Justiça; Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã; parágrafo 86).

<sup>149</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 66.

No caso “*S.S. Wimbledon*”, comenta o relatório que houve uma noção ampla de regimes autônomos, tendo em vista que tanto o direito geral sobre navegação de águas internas quanto as normas especiais fixadas no Tratado de Versalhes (1919) eram aplicáveis ao caso. A Corte Permanente de Justiça Internacional entendeu que há no Tratado uma parte (Parte XII) designada à regulação da matéria, mas há uma norma especificamente dirigida ao Canal de Kiel. Esta norma, segundo a decisão da Corte, seria autônoma (“self-contained”), autoexplicativa ou autossuficiente, para encerrar a questão, de modo que seria descabida a analogia à navegação de outros canais. O relatório argumenta que esta é uma ampla noção de regimes autônomos, porque não se trata de um corpo jurídico de normas secundárias, mas de norma primária a qual se apresenta como suficiente para a decisão<sup>150</sup>.

Sobre os comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas acerca do artigo 55 do ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’, o caso “*S.S. Wimbledon*” e o *Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã*, o relatório diz ser possível distinguir dois sentidos para regimes autônomos: um sentido estrito, segundo o qual o termo denota um conjunto de normas secundárias sobre a responsabilidade do estado que reclama primazia sobre as normas gerais acerca das consequências de uma violação; e um sentido amplo, no qual o termo corresponderia a normas primárias e secundárias inter-relacionadas, referidas como um sistema ou um subsistema de normas destinadas a um problema particular. O uso do termo no caso “*S.S. Wimbledon*” parece ao relatório ser ocasional<sup>151</sup>.

Para os professores George Rodrigo Bandeira GALINDO e Loussia Penha Musse FELIX, em recente obra brasileira, a principal contribuição do *Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã* foi a articulação do termo “regimes autônomos”, ou “autosuficientes”, no sentido em que é atualmente empregado, e que este ofereceu fomento ao debate sobre o fenômeno da fragmentação. Há a afirmação do direito diplomático enquanto regime autônomo ou autossuficiente, à medida em que não se atende à reivindicação iraniana de se considerar o contexto histórico e a contínua intervenção estadunidense no país. Para tanto, a Corte entende que o direito diplomático é autossuficiente para esclarecer que o Irã dispunha de ferramentas jurídicas eficazes dentro da própria inteligência do direito diplomático. O sentido próprio a ser empregado ao termo “self-

---

<sup>150</sup> Idem; p. 67.

<sup>151</sup> Ibidem; p. 68.

*contained regime*” repousa sobre a responsabilidade internacional do estado, vez que a resposta a um ilícito, quando estabelecidas especificamente por um corpo jurídico especial, deve ser encontrada dentro dele. A decisão da Corte influenciou o debate já em curso da CDI acerca da responsabilidade internacional do estado, segundo pontuam os autores<sup>152</sup>.

No entanto, o relatório aponta que muitas vezes corpos jurídicos inteiros de especialização funcional, constituídos por especialistas diplomáticos e acadêmicos, são descritos como regimes autônomos. Esses regimes reivindicam técnicas especiais de interpretação e administração, estabelecendo-se como “ramos” do direito, tais quais o “direito do comércio internacional”, o “direito internacional dos direitos humanos”, o “direito dos espaços”, e assim por diante<sup>153</sup>. Exemplifica-se com o princípio da interpretação teleológica, o qual é muito mais enraizado nos direitos humanos<sup>154</sup>.

Deste modo, o relatório identifica um terceiro sentido para a expressão “regimes autônomos”, o qual, segundo diz, possui efeitos muito incertos: “um sentido o qual tem efeito predominantemente no oferecimento de um guia interpretativo e uma direção os quais de alguma forma se desviam das normas de direito geral”<sup>155</sup>. Dialogando com Martti KOSKENNIEMI e Päivi LEINO, bem como com Andreas FISCHER-LESCANO e Gunther TEUBNER, o relatório argumenta que a colisão entre regimes expressa, em verdade, uma

---

<sup>152</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse; *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos vs. Irã) (24 de Maio de 1980)*; in *O Direito Internacional em Movimento: Jurisprudência Internacional Comentada – Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal*; João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior (Orgs.); Instituto Brasileiro de Direito Civil; Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional; Brasília – DF (2016); pp. 77 – 90.

<sup>153</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 68 e 69. Neste ponto, o relatório produz impressão de regimes especializados, alinhando-se às noções de “órbitas operacionais”, nos termos de JENKS, ou “caixas”, nos termos de KOSKENNIEMI.

<sup>154</sup> O relatório invoca, para fins de ilustrar a diferença interpretativa entre os tratados de direitos humanos e os tratados de outras categorias temáticas, o caso “*Loizidou v. Turquia*”, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em março de 1995. Aponta-se, inclusive, as atitudes paralelas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os estudos do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. O parágrafo 135 do relatório é instrutivo sobre os três sentidos de regime, valendo sua transcrição: “The three notions of “self-contained regime” are not clearly distinguished from each other. A special system of secondary rules – the main case covered by article 55 of the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts – is usually the creation of a single treaty or very closely related set of treaties. An example might be the “non-compliance system” under the 1985 Vienna Convention on the Protection of the Ozone Layer and the related 1987 Montreal Protocol that has priority over the standard dispute settlement clause in the Vienna Treaty. A special regime on some (territorial, functional) problem-area – the *S.S Wimbledon* case – may cover several instruments and practices, united by their orientation towards a single problem – establishment of a free trade area, say, or a universal trade regime such as the one administered under the WTO. It goes without saying that a treaty-regime may be both special in the first and second sense, that is as a self-contained regime of remedies (State responsibility) and a set of special rules on adoption, modification, administration or termination of the relevant obligations (Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 72).

<sup>155</sup> “A self-contained regime in this third sense has effect predominantly through providing interpretative guidance and direction that in some way deviates from the rules of general law” (Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 70).

colisão entre racionalidades sociais. Trata-se de característica da realidade globalizada, marcada pela substituição da diferenciação territorial pela diferenciação funcional<sup>156</sup>.

Sahib SINGH, diante da incerteza conceitual identificada pelo relatório, argumenta que é necessária a realização de estudo empírico acerca da realidade dos tribunais internacionais a fim de se entender o significado de “regime”<sup>157</sup>. Além da necessidade de situar o tema em relação à realidade dos órgãos internacionais, produzindo uma concepção empírica de regime, o professor George Rodrigo Bandeira GALINDO alerta para a necessidade de que este seja compreendido em termos interdisciplinares. O professor brasileiro critica o suporte do debate sobre a fragmentação na ideia de “regime”, visto que “a literatura sobre a fragmentação do direito internacional se utiliza – de maneira frouxa, ressalte-se – de um termo amplamente difundido na teoria das relações internacionais: regime”. E embora este seja um ponto de possível interação entre ramos do conhecimento, diz o autor, “uma análise multidisciplinar, envolvendo direito internacional e relações internacionais, é raramente vista”<sup>158</sup>.

Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI definem “regimes autônomos” como uma forma forte de norma especial, na qual se pretende excluir integralmente o regime geral de responsabilidade. A forma fraca seria uma previsão singular que substitua apenas um padrão específico do regime geral. Um regime autônomo prevê seus próprios mecanismos de sanção ao descumprimento de suas obrigações, não necessitando recorrer ao regime geral de responsabilidade internacional do estado. Os autores argumentam que embora o termo tenha sido inicialmente empregado para descrever uma norma primária, pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso “*S.S. Winbledon*” desde o *Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*, perante a Corte Internacional de Justiça, “regimes autônomos” são entendidos como um subsistema de normas secundárias<sup>159</sup>.

Contudo, pelo que se mostra, o relatório procurou utilizar a expressão para esclarecer um de seus pressupostos centrais: de que o direito internacional é constituído por uma série de subsistemas específicos os quais contam com especialização funcional e metodologia própria de interpretação jurídica e os quais, embora possível estabelecer relações entre si,

<sup>156</sup> Ver nota 168 do Relatório. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 71.

<sup>157</sup> SINGH, Sahib; *Two Potential Paths Forward from Fragmentation Discourse: Sociology and Ethics*; in *Fragmentation of International Legal Orders and International Law: Ways Forward?*; American Society of International Law; ASIL Proceedings; 2011; p. 132.

<sup>158</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; Op. Cit. Nota 81; p. 3.

<sup>159</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI; Op. Cit. Nota 125; pp. 491 - 493.

dificultam a visão integrada do sistema jurídico internacional. Como se demonstrará, este pressuposto impactará toda a análise do relatório.

Para demonstrar quão importante a ideia de ‘regimes autônomos’ tornou-se ao tema da fragmentação, observa-se que, para Mads ANDENAS, a ideia de que há diferentes regimes os quais reivindicam autonomia frente aos demais é a forma substantiva da fragmentação, entre três. A segunda forma seria institucional, marcada pela proliferação de órgãos judicantes; e a terceira metodológica, tendo em vista variados métodos interpretativos desenvolvidos pelos diversos campos do direito internacional<sup>160</sup>. Demonstra-se, assim, que preocupação do relatório sobre os ‘regimes autônomos’ alberga a primeira e a terceira formas de fragmentação: ocupa-se de, além da autonomia reivindicada pelos regimes, contrastes metodológicos a edificar suas racionalidades.

Margaret A. YOUNG, ao introduzir a obra *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, afirma que a visão de ‘regime’ do relatório é sociológica, baseada na ideia de especialização funcional<sup>161</sup>. Aliás, para GALINDO e FELIX o relatório possui o mérito de enxergar o impacto da noção de “regimes autossuficientes” no direito internacional a partir da diferenciação funcional, fenômeno este que se verifica a partir de 1970, afastando-se da definição limitada de SIMMA. Salientam os autores ainda, que a ideia de diferenciação funcional e os três sentidos para “regimes autossuficientes” permitem aos estudiosos do direito internacional saber que lidam com interesses contrapostos<sup>162</sup>.

### **2.3.2. Regimes autônomos: o debate sobre sistema e subsistemas de responsabilidade internacional do estado.**

Dentro dos chamados regimes, há racionalidades distintas. Conforme exemplifica o relatório, há o entendimento de que o sistema da OMC não pode atender à inteligibilidade do direito internacional geral, visto que este é fundamentado na soberania do estado, ao passo que o sistema de comércio internacional se fundamenta na teoria das vantagens

---

<sup>160</sup> ANDENAS, Mads; Op. Cit. Nota 98; p. 694.

<sup>161</sup> YOUNG, Margaret A.; *Introduction: The Productive Friction between Regimes*; in *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*; Editado por Margaret A. Young; Cambridge University Press – 2012; p. 7.

<sup>162</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse; Op. Cit. Nota 152; pp. 91 e 92.

comparativas; de modo que os princípios que orientam um contrastam os princípios que orientam outro. Apesar dos operadores do sistema de comércio internacional utilizarem amplamente as noções desenvolvidas por meio do costume e dos princípios gerais do direito a fim de interpretar os instrumentos abrangidos pelo sistema da OMC, fundamentalmente os princípios gerais do comércio internacional farão maior sentido do que aqueles firmados sob o pressuposto da soberania estatal<sup>163</sup>. Este é o motivo, inclusive, pelo qual Ralf MICHAELS e Joost PAUWELYN não acreditam que os critérios de derogabilidade normativa possam resolver conflitos no direito internacional. Estes pressupõem processo legislativo unitário, segundo entendem, o qual não é verificável no contexto internacional, marcado, cada vez mais, pelo alto grau de especialização e funcionalização de regimes. E disto decorre o problema de não haver análise neutra entre “ramos” do direito internacional: cada “ramo”, a depender de sua perspectiva, tenderá a enxergar as normas que compõem seu sistema como mais específicas ou superior<sup>164</sup>.

Sob este pressuposto, o relatório passou a analisar o trabalho da CDI sobre a responsabilidade internacional do estado, o qual pesou a necessidade de estabelecer um regime geral de responsabilidade com a presença de variáveis subsistemas jurídicos. Debateram-se a necessidade de graduar a responsabilidade de acordo com a fonte e o conteúdo da norma violada, preferindo-se, ao final, o abandono desta ideia e a elaboração somente de normas secundárias<sup>165</sup>. De acordo com o relatório, Willem RIPHAGEN questionou a orientação do ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’, entendendo que a elaboração de normas primárias e normas secundárias são inseparáveis e automáticas, visto que geralmente um subsistema insculpe normas a respeito de eventual violação de seus dispositivos, fazendo com que a gradação da responsabilidade de acordo com a norma violada fosse viável e mesmo oportuna. O regime geral de responsabilidade, o qual corresponde o Projeto, se aplicaria caso um subsistema não contivesse norma que esclareça a consequência jurídica de uma violação. Porém, a Comissão não se convenceu da necessidade de graduar a responsabilidade de acordo com a fonte ou conteúdo da norma, mas confirmou o caráter

---

<sup>163</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 71 e 72.

<sup>164</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; pp. 367 e 368.

<sup>165</sup> Nos debates da CDI há consenso, hoje, que a distinção entre normas primárias e secundárias não corresponde exatamente aos termos de H. L. A. HART. A CDI empregou o termo “normas primárias” para designar normas que estabelecem obrigações substantivas, e “normas secundárias” para designar normas que estabelecem a consequência para o não atendimento de obrigações internacionais, ou mesmo as condições sob as quais um estado deve ser considerado responsável.

residual do Projeto ao incluir o artigo 55, o qual permite que os estados pactuem normas especiais sobre responsabilidade<sup>166</sup>.

Essa proposta de graduar responsabilidade de acordo com a gravidade do ato ilícito vislumbraria um sistema de hierarquização, na opinião de RIPHAGEN, já que esta deveria levar em conta a violação do *jus cogens* e das disposições da Carta das Nações Unidas sobre a manutenção da paz e segurança internacional<sup>167</sup>.

Seguindo RIPHAGEN, ARANGIO-RUIZ, também relator do projeto, tratou da questão dos regimes autônomos, procurando saber se tais regimes são completamente isolados do direito geral. Favorável à criação de tais regimes, ele rejeita a ideia de que constituam “circuitos fechados”. Recorrer aos remédios disponibilizados ao estado pelo direito geral seria uma possibilidade, sempre que tais regimes “falhem” em oferecer justa reparação ou caso o ato ilícito perdure. Nisso se enfatiza o caráter residual do direito geral<sup>168</sup>. SIMMA e PULKOWSKI acrescentam que o relator – Gaetano ARANGIO-RUIZ – opinou que as limitações presentes no costume internacional acerca da responsabilidade do estado, exemplificando com o princípio da proporcionalidade, seriam suficientes para dar conta das peculiaridades dos regimes especiais<sup>169</sup>.

O relatório conclui que no trabalho da Comissão sobre a responsabilidade do estado houve recorrente uso da expressão ‘regimes autônomos’ pelos relatores especiais, em suas diferentes acepções: um conjunto especial de normas secundárias por meio das quais se estabelece consequências a violações de normas primárias, ou um subsistema jurídico adstrito a resolver determinado problema e acompanhado de normas de criação, aplicação, interpretação e extinção dos direitos. Neste ponto, o relatório inclui um terceiro sentido para regimes, sobrevivendo de pontos de vistas acadêmicos, correspondente aos “ramos do direito internacional”, como já discutido no item relativo à definição de “regimes autônomos”<sup>170</sup>.

Entendera-se que os estados estavam autorizados a constituir regimes autônomos, nos quais se derroga o direito geral da responsabilidade do estado; porém, sobre os quais se

---

<sup>166</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 74 e 75. SIMMA e PULKOWSKI consideram a posição de RIPHAGEN ambígua, pois ao mesmo tempo que acreditava que a ideia de um denominador comum em termos de responsabilidade deveria ser descartada, também acreditava que caso houvesse falha de um regime em aplicar normas de responsabilidade, outro deveria ser aplicado (SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125; p. 493).

<sup>167</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 76 – 78.

<sup>168</sup> Idem; p. 78.

<sup>169</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125; p. 494.

<sup>170</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 81.

impõem as mesmas limitações às normas especiais, o que significa observância às normas peremptórias do direito internacional. Os regimes autônomos não são circuitos fechados; sua interpretação deve considerar sua excepcionalidade, e as normas de direito geral devem possuir caráter suplementar, de modo que serão aplicadas caso o regime “falhe”. A Comissão, entretanto, segundo a crítica do relatório, não esclareceu o que significa “falha” do regime autônomo. Ademais, considerando que nenhum dos relatores especiais entendem regimes autônomos como um conjunto normativo completamente isolado do direito geral, a expressão é errônea. Em nenhuma situação se pode dizer que o direito geral seja completamente excluído. O relatório sugere, inclusive, que a expressão seja substituída por “regimes especiais”<sup>171</sup>.

Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI incluem uma observação importante à relação entre sistema geral de responsabilidade e subsistemas específicos. Para eles, pode-se ler a relação entre ambos a partir de um viés universalista ou particularista: do geral ao específico; do específico ao geral. No primeiro caso, há uma tendência em entender que o estado deve dispor expressamente de forma contrária ao sistema geral de responsabilidade para não estar, naquele campo, vinculado a ele. O viés particularista tenciona ao lado oposto: nenhuma outra norma que não esteja incluída no sistema especial deve ser aplicada, não exigindo, portanto, disposição expressa. Dizem ainda que uma aplicação automática e mecânica do critério da especialidade, a partir de uma presunção em favor da previsão especial, não serve à solução da relação entre normas geral e especial de responsabilidade<sup>172</sup>.

### **2.3.3. Condições para a formação de regimes e sua relação com o direito geral.**

Aduz o relatório, a seguir, que a discussão a respeito da formação dos assim chamados ‘regimes autônomos’ importa à questão da fragmentação do direito internacional, caso eles sejam relacionados ao direito geral. Para tanto, estudam-se as condições para seus estabelecimentos, o escopo de aplicação dos regimes, sua relação com as normas de direito geral e as condições de aplicação residual do direito geral no caso de “falha” do regime.

---

<sup>171</sup> Idem; pp. 81 e 82. Desde que o relatório fez a ressalva da falta de propriedade da expressão ‘regimes autônomos’, ora este utiliza ‘regime autônomo’ ora ‘regime especial’.

<sup>172</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125; p. 507.

Sobre o estabelecimento dos regimes, o relatório afirma que a maior parte do direito internacional é dispositivo – razão pela qual os regimes são amplamente autorizados -, mas, além do já mencionado dever de observar normas imperativas, suas disposições não poderão: (1) desviar das obrigações que beneficiem terceiros, o que inclui indivíduos e entidades não-estatais; (2) desviar de obrigações oriundas do direito geral, as quais o relatório trata por “integrais” ou “interdependentes”, de caráter ‘*erga omnes*’ ou sobre as quais há uma expectativa de não derrogação; (3) desviar de obrigações de caráter público ou que constituam organizações internacionais. Também, caso o regime contenha normas de responsabilidade, é necessário associar as normas secundárias às normas primárias, bem como indicar a instituição responsável por aplicá-las<sup>173</sup>.

Argumenta o relatório não ser inconcebível a formação de regimes autônomos tacitamente ou por meio do costume internacional, o que se confirmaria pela possibilidade de um regime autônomo de contramedidas ser estabelecido sob a inteligência do artigo 56 do ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’<sup>174</sup> e pelo fato de que grande parte do entendimento do direito europeu como sendo regime autônomo se desenvolveu por atividades interpretativas do Tribunal de Justiça Europeu. O relatório sustenta, a este respeito, que muito da noção de autonomia dos regimes se deve à prática de operadores do direito internacional, diplomatas e grupos organizados. Entretanto, a consolidação do regime pelas vias de um costume é tratada, pelo relatório, como exceção<sup>175</sup>.

Sobre a relação entre o direito geral e os regimes autônomos, o relatório afirma que esta dependerá de um exercício interpretativo, o qual permita saber se o direito geral preenche lacunas do regime ou se o assiste na interpretação de seus dispositivos. No caso dos regimes de direitos humanos, o relatório entende ser comum a referência ao direito geral para a interpretação de tratados, especialmente sobre questões concernentes ao estado, jurisdição, imunidades e elementos de caráter procedimental, tomando o exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos na “Consulta sobre Outros Tratados”<sup>176</sup>, apreciado em

---

<sup>173</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 83 e 84.

<sup>174</sup> Artigo 56 (Questões de responsabilidade do Estado não reguladas por estes artigos): “As normas aplicáveis de Direito Internacional continuam a reger as questões concernentes à responsabilidade de um Estado por ato internacionalmente ilícito na medida em que tais questões não são reguladas por estes artigos”.

<sup>175</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 83 e 84.

<sup>176</sup> Caso “Other treaties”; Opinião Consultiva OC-2/82; setembro de 1982. Conquanto o artigo 64 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos habilita os estados membros a formularem consultas acerca da interpretação da Convenção e de outros tratados que versam sobre direitos humanos, o governo do Peru, em abril de 1982, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos consulta sobre como a expressão “outros

setembro de 1982, no qual a Corte, segundo o relatório, analisou temas tratados na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963; e o caso “Velázquez Rodríguez”<sup>177</sup>, julgado em 1988, no qual a Corte aplicou o princípio da continuidade. No caso “Bankovic”, de 2009, a Corte Europeia de Direitos Humanos também aplicou direitos humanos relacionando-os às questões de jurisdição e responsabilidade internacional do estado<sup>178</sup>. Vassilis P. TZEVELEKOS, para quem a análise a respeito do direito internacional geral para fins de afirmar a jurisdição é prova de que os regimes especiais não são

---

tratados sobre a proteção de direitos humanos nos Estados americanos” deva ser interpretada; se a expressão compreende tratados adotados no sistema interamericano ou se são os tratados concluídos entre estados americanos, excluídos aqueles que contém membros de outros continentes; ou ainda se abarca tratados concluídos fora do contexto regional. De acordo com a Corte, esta deveria analisar se sua jurisdição consultiva se estende a tratados concluídos com estados não pertencentes ao seu sistema, como também se compreende tratados cujo propósito não é propriamente estabelecer proteção aos direitos humanos, embora contenha algum conteúdo sobre eles. A Corte enfatizou a singularidade de seu mecanismo de consulta em contejo com o de outros tribunais; e esclareceu sua jurisdição *ratione materiae*, a qual abarca outros tratados que não a Convenção que lhe deu origem, como sua jurisdição *ratione personae*, a qual contempla os estados membros, além de órgãos mencionados no capítulo XX da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de sua atividade consultiva. Esclareceu que a Corte possui jurisdição sobre tratados diretamente relacionados à proteção dos direitos humanos nos membros do sistema interamericano, possuindo a Corte ampla discricionariedade ao decidir se deve ou não prolatar um parecer consultivo, respeitando-se apenas a pertinência temática com os direitos humanos. Acrescentou haver um dever de complementariedade entre sistema regional e universal de proteção aos direitos humanos. Para tanto, a Corte empregou os dispositivos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a fim de interpretar o artigo 64 da Convenção. A menção à Convenção de Viena sobre Relações Consulares não foi encontrada.

<sup>177</sup> O senhor Angel Manfredo Velasquez Rodríguez foi, segundo apontou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, violentamente detido e preso sem garantias pela Direção Nacional de Investigadores e pelas Forças Armadas de Honduras, o que teria violado os artigos 5º, relativo à integridade pessoal, e artigo 7º, sobre a liberdade pessoal, da Convenção Americana de Direitos Humanos; bem como o artigo 4º relativo ao direito à vida, uma vez que a Comissão constatou o desaparecimento de Velázquez Rodríguez. A Corte recursou, assim, a objeção preliminar de não exaurimento dos procedimentos internos, vez que havia demonstração de que houve uma série de desaparecimentos no período histórico e seus remédios judiciais se mostraram ineficazes. Sobre o princípio da continuidade, a Corte se posicionou da seguinte maneira: “According to the principle of the continuity of the State in international law, responsibility exists both independently of changes of government over a period of time and continuously from the time of the act that creates responsibility to the time when the act is declared ilegal. The foregoing is also valid in the area of human rights although, from an ethical or political point of view, the attitude of the new government may be much more respectful of those rights than that of the government in power when the violation occurred” (Corte Interamericana de Direitos Humanos; Caso “Velázquez Rodríguez v. Honduras”; parágrafo 184).

<sup>178</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 85 e 86. São demandantes nacionais da República Federal da Iugoslávia contra a Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Portugal, Espanha, Turquia e Reino Unido. Reclamam direitos seus ou de familiares falecidos, cujas violações decorrem do conflito no Kosovo (servios-kosovares contra albanos-kosovares). Houve ataques aéreos por parte da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), os quais ocasionaram a morte de familiares dos demandantes. A Corte recorreu aos meios de interpretação de tratados previstos na CVDT, a fim de se saber o campo de aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, visto que em seu artigo 1º esta diz ser aplicável a qualquer pessoa dependente da jurisdição dos membros. Os governos envolvidos, membros da OTAN, defenderam-se sustentando que a demanda fugia do sentido ordinário que o direito internacional público confere à expressão “jurisdição”. Argumentaram que se a Corte entendesse pela responsabilidade de estados que tomam parte em ações militares coletivas, haveria grave prejuízo a tais ações. A Corte entendeu que o sentido ordinário de “jurisdição” é essencialmente territorial, de modo que a aplicação extraterritorial seja excepcional. Concluiu não encontrar ligação jurídica entre a pretensão dos demandantes e a ação dos demandados.

autônomos, tece considerações a respeito deste último caso. A Corte recorreu a dois expedientes interpretativos: o significado ordinário da palavra “jurisdição” e a intenção das partes captadas tanto pelas suas práticas subseqüentes quanto a partir dos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*). O emprego ao artigo 31 (3) (c) da CVDT, cujo estudo se fará mais adiante, deu-se no sentido de habilitar a análise dos ensinamentos dos mais importantes publicistas de variadas nações. A partir disso, a Corte se absteve de exercer jurisdição sobre um caso com implicações altamente técnicas e políticas, segundo diz o autor<sup>179</sup>. Para KOSKENNIEMI, por outro lado, este caso é indicativo de visões dualísticas acerca do direito internacional, de modo que o direito europeu seja visto como tendo existência separada e não alcançando ações que, embora contenham estados membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não estão abrangidas pelo sistema jurídico europeu<sup>180</sup>.

Este caso remete à alta complexidade da dicotomia entre fragmentação e coerência sistêmica no direito internacional: ao que tanto o relatório como TZEVELEKOS o tem como indicativo de coerência, já que a Corte Europeia de Direitos Humanos recorreu a expedientes interpretativos do direito internacional geral a fim de se posicionar sobre instituto cujo conceito não é próprio aos direitos humanos – jurisdição -; outros autores o enxergam como sinal de fragmentação do direito internacional, por refletir diferentes espaços normativos.

Já no caso do direito do comércio internacional a relação com o direito geral é mais controversa, de acordo com o relatório. No caso “Gasolina”<sup>181</sup>, de 1996, o Órgão de

---

<sup>179</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; *The Use of Article 31 (3) (c) Of the VCLT In the Case Law Of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool Or A Selective Loophole For The Reinforcement Of Human Rights Teleology?*; Michigan Journal Of International Law; Vol. 31; 2010; pp. 670 – 674.

<sup>180</sup> KOSKENNIEMI, Martii; Op. Cit. Nota 52.

<sup>181</sup> “United States – Standards of Reformulated and Conventional” (WT/DS2/AB/R). A consulta se estabeleceu por iniciativa da Venezuela, a qual o Brasil aderiu, em relação à implementação de legislação doméstica para proteção do ar contra a poluição causada pela gasolina manufaturada ou importada pelos Estados Unidos da America. Trata-se do primeiro caso em que se utilizaram todas as medidas no sistema de solução de controvérsias da OMC. Os demandantes argumentaram que as restrições recaíam sobre apenas certos tipos de gasolina, e que esta não poderia ser considerada como recurso natural esgotável, a dar ensejo à aplicação do artigo XX(g) do GATT, além de a medida fazer diferenciação entre refinadoras nacionais e estrangeiras. O “Panel” entendeu que, uma vez que discriminatória, a medida não seria primariamente destinada a conservar recursos naturais esgotáveis. O Órgão de Apelação, por sua vez, recorreu ao artigo 31 da CVDT, e neste contexto sustentou que o GATT não poderia ser lido em ‘isolamento clínico’ ao direito internacional público geral, a fim de esclarecer que o “Panel” não estabeleceu corretamente o sentido ordinário das palavras contidas no GATT, propriamente sobre o artigo XX. A interpretação do artigo XX, inclusive, não poderia minar o objeto e propósito do GATT. O critério utilizado pelo “Panel”, sobre se a medida seria ou não primariamente destinada a proteger os recursos esgotáveis, não estaria contido nas normas comerciais da OMC. Portanto, o “Panel” errou ao decidir que a medida não estaria abrangida pelo artigo XX(g); como também errou ao não apontar que a medida não corresponderia a uma “discriminação injustificada” ou a uma “restrição disfarçada ao comércio internacional, enquadrando-se nos termos do “caput” do artigo XX.

Apelação da OMC afirmou que os tratados abrangidos pelo seu sistema não poderiam ser lidos em ‘isolamento clínico’ em relação ao direito internacional público geral. O relatório enxerga neste caso um marco na interpretação dos instrumentos da OMC, visto que a Organização, deste então, tem procurado guias interpretativos adicionais e decorrentes dos princípios do direito internacional geral, o que se confirmaria pelo caso “Camarões”<sup>182</sup>, de 1998. O relatório também coloca em relevo o caso “Coreia”<sup>183</sup>, apreciado em 2000, no qual se decidiu pela aplicabilidade do costume internacional sobre as relações econômicas envolvendo os membros da OMC<sup>184</sup>.

Para Regis Yann SIMO, o qual estuda a relação entre o sistema da OMC e o regime geral de responsabilidade internacional do estado pela prática de ato ilícito, qualificar o sistema da OMC como “regime autônomo” é uma falácia. Embora o sistema em questão contenha seus próprios mecanismos de responsabilização e por isso é possível dizer que este derogou parte do sistema geral de responsabilidade por vias de disposição específica – *lex specialis* -; o sistema da OMC é parte do direito internacional público e, conquanto não haja disposição expressa dizendo que o ‘Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações

---

<sup>182</sup> “United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products”; (WT/DS58/AB/R). Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia solicitaram o estabelecimento de um grupo especial no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a fim de avaliar a juridicidade de restrições impostas a certos tipos de camarões e produtos deles derivados pelos Estados Unidos da América. A restrição teria como alvo a proteção de tartarugas marinhas, visto que a pesca de camarões implicava aumento de índices de mortalidade das tartarugas. O “Panel” entendeu que a restrição correspondia a discriminação injustificada e que, como tal, não seria permitida à luz das normas da OMC, não se aplicando o artigo XX do GATT. O Órgão de Apelação decidiu que é um erro ter as preocupações comerciais sob o GATT como prevaletentes a quaisquer outras preocupações as quais estejam igualmente incluídas no instrumento. Com o fito de considerar as tartarugas marinhas como recurso esgotável, o Órgão faz menção à Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar, à Convenção sobre a Diversidade Biológica, à Convenção Sobre a Proteção de Espécies Migratórias e Animais Silvestres, entre outras, entendendo que “recursos esgotáveis” não seriam a mesma coisa que “recursos finitos” ou “não renováveis”, abrangendo o primeiro conceito como os “recursos vivos”, pelo risco de extinção. Criticou o “Panel” por não ter percorrido todas as etapas para interpretação de normas internacionais, a começar pelo texto do artigo XX do GATT. Porém, considerando que a permissão da importação implicava emissão de certificado por funcionários estadunidenses, com regramento único, sem atenção às condições específicas de cada membro e que tais medidas sem atenção às condições desiguais dos membros são consideradas discriminatórias; bem como considerando que havia meios alternativos, inclusive de alcance multilateral, para dar concretude à proteção às tartarugas marinhas; como igualmente tal maneira unilateral de prescrever condições para importação deve ser considerada como arbitrária; o Órgão entendeu que a medida restritiva não estaria amparada pelo artigo XX.

<sup>183</sup> “Korea – Measures Affecting Government Procurement”; (WT/DS163/R). Os Estados Unidos da América solicitaram consulta à Coreia do Sul com o objetivo de obter informações acerca da contratação de entidades para construção do Aeroporto Internacional de Incheon. Indagou-se se a contratação teria violado o Acordo de Contratação Pública, o qual vincula certas entidades e, por isso, o objeto da demanda envolvia uma discussão sobre qual órgão estaria encarregado a realizar a contratação. Houve discussão a respeito da interpretação de tratados à luz da CVDT, por meio da qual se pontuou a aplicação do costume internacional caso não haja disposição contrária nos acordos da OMC. Ao final, o Órgão de Solução de Controvérsias entendeu que a entidade responsável pela contratação não estava contemplada no Acordo.

<sup>184</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 87 e 88.

Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados' não se aplique para preencher lacunas do sistema da OMC, tal recurso é plenamente possível<sup>185</sup>.

Ao levantar esses casos, o relatório pretende demonstrar, como se nota, que há no direito internacional público conceitos historicamente estabelecidos os quais os ditos regimes especiais recorrem para aplicação de suas normas específicas, de modo que subsista, para além do desenvolvimento de conteúdos especializados, um sentido jurídico geral.

Ocorre que, como destaca o relatório, há questionamentos acadêmicos sobre a relação do direito da OMC com outros regimes, dando-se especial ênfase sobre a relação com o direito ambiental. Os artigos 3 (2)<sup>186</sup> e 19 (2)<sup>187</sup> do Entendimento Relativo à Solução de Controvérsias são, por vezes, segundo diz o relatório, interpretados como proibições à aplicação de conteúdos que não estejam contidos nos 'acordos abrangidos'. Mas à luz do artigo 3 (2), por meio do qual questões interpretativas poderiam levar em conta normas de interpretação fixadas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujos artigos 31<sup>188</sup> e 32<sup>189</sup> autorizam que se considerem quaisquer normas relevantes entre as partes, oferece-se um contraponto à opinião de adstrição interpretativa. O que o relatório sugere, pelo que se mostra, é que o artigo 3 (2) do Entendimento Relativo à Solução de

---

<sup>185</sup> SIMO, Regis Yann; *The Law of International Responsibility: the Case of WTO As a "Lex Specialis" Or the Fallacy Of a 'Self-Contained' Regime*; *African Journal of International and Comparative Law*; Volume 22; nº 2; 2014; pp. 206 e 207.

<sup>186</sup> Artigo 3 (2): "O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos".

<sup>187</sup> Artigo 19 (2): "De acordo com o parágrafo 2 do Artigo 3, as conclusões e recomendações do grupo especial e do órgão de Apelação não poderão ampliar ou diminuir os direitos e obrigações derivados dos acordos abrangidos".

<sup>188</sup> Artigo 31 (Interpretação de Tratados): "1- Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2 – Para fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3 – Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4 – Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes".

<sup>189</sup> Artigo 32 (Meios Suplementares de Interpretação): "Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado".

Controvérsias autorizaria a aplicação dos artigos 31 e 32 da CVDT e estes, por sua vez, autorizariam a consideração de quaisquer normas jurídicas do direito internacional<sup>190</sup>.

Isso faz emergir duas correntes no direito que compõe o sistema da OMC: uma que busca sua relação com o sistema geral e outra que proclama o prestígio aos ‘acordos abrangidos’. Algo semelhante, associa o relatório, as posições monista e dualista sobre a relação entre direito interno e internacional. Porém, o relatório argumenta que esses avanços jurisprudenciais não excluem um ‘ethos’ da OMC, assim como outros regimes também possuem os seus, o qual se assenta em sua razão de ser e na especialidade de suas normas<sup>191</sup>.

SIMMA e PULKOWSKI entendem a relação entre o sistema da OMC e o direito internacional geral como um “balanço de efetividade e legitimidade”. Embora o sistema da OMC seja um “regime forte”, este não contém normas procedimentais que auxiliem os seus órgãos na administração dos deveres substantivos que o regime dispõe, como, por exemplo, não há normas específicas de interpretação de tratados. Nos casos cuja solução dependa de tais parâmetros, recorre-se às normas pertencentes ao sistema geral, proclamando-se que o sistema da OMC não pode ser concebido sob ‘isolamento clínico’ ao direito geral. Já sobre suas obrigações substantivas, tendo em vista que o viés não comercial é geralmente visto como “suspeito” a dar vazão a protecionismos, o sistema da OMC tende a reforçar suas particularidades. No caso “Camarões”<sup>192</sup>, argumentam os autores, apesar de o Órgão de Apelação ter adotado um viés universalista, entendeu que os Estados Unidos não tinham atendido os requisitos do artigo XX do GATT/1994<sup>193</sup>.

Ao concluir o item relativo aos regimes autônomos, o relatório entende que: (1) não há, nesses regimes, autonomia que exclua completamente a aplicação do direito geral. Pelo contrário, os regimes fazem uso constante dos conceitos desenvolvidos pelo direito geral no manejo de seus dispositivos; (2) os estados são autorizados a elaborar regimes autônomos e, com eles, derogar o direito geral (3) a interpretação de seus diplomas será teleológica, ao levar em conta os objetivos do regime; (4) a intersecção entre regimes não oferece fronteiras

---

<sup>190</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 88 e 89. No caso “Camarões”, salienta o relatório, o *panel* estabelecido interpretou ‘recursos naturais escassos’, mencionados no artigo XX do GATT, como “recursos finitos como minerais”, excluindo recursos biológicos e renováveis. O Órgão de Apelação não concordou com a delimitação, entendendo que o termo seria dinâmico e deveria ser interpretado sob inspiração da Declaração do Rio, a Agenda 21, a Convenção sobre a Biodiversidade de 1992 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

<sup>191</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 90.

<sup>192</sup> Ver nota 182.

<sup>193</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125; p. 510 e 511.

claras nem força normativa estrita, mas há a necessidade de balancear os elementos dos regimes com outras considerações; (5) os regimes não constituem circuitos fechados, sendo necessária a aplicação dos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969<sup>194</sup>.

Porém, citando CASSESE e PAUWELYN, o relatório afirma que grande parte das intersecções temáticas se realiza por acadêmicos. PAUWELYN disse que os estados podem acordar normas contrárias ao direito geral, mas não ao *sistema* de direito internacional, por razões políticas. Mas o relatório acrescenta que há uma razão lógica ao lado da razão política: os estados não podem estabelecer acordos que escapem, por exemplo, à lógica da norma *pacta sunt servanda*<sup>195</sup>. Nesse passo, o relatório parece indicar que, formulando regimes autônomos, os estados não conseguem, por razões lógicas, desviarem-se do padrão de inteligibilidade jurídica – não podem reinventar completamente o direito -, o qual edificou, ao longo da história, pressupostos básicos de operação normativa.

A decorrência lógica da noção de que os regimes se alimentam dos padrões jurídicos forjados no curso de toda a história é, para o relatório, que o primeiro ponto a se considerar sobre a relação entre regimes e direito geral é que os primeiros extraem sua força vinculante do segundo. Também, a título de conclusão, o relatório aponta que os regimes sempre estarão inseridos em um ambiente sistêmico; nenhum regime autônomo se estabelece ou se opera no vácuo. Como diz o relatório, não há uma norma da OMC sobre estado, uma noção de direitos humanos sobre direito de passagem, normas especiais sobre imunidade do estado no direito aplicado pela Corte Europeia de Direitos Humanos ou mesmo normas da OMC sobre recursos escassos<sup>196</sup>.

Sobre o recurso ao direito geral, o relatório aponta a dificuldade em se compreender o que seria uma “falha” do regime. A questão será resolvida em atenção à natureza do regime, sua razão de ser, a fim de promover maior efetividade à proteção do valor jurídico o qual constitui seu objeto. Se, por exemplo, os mecanismos de solução de controvérsias são morosos ao ponto de tornar a proteção do bem jurídico inefetiva, ou caso os mecanismos

---

<sup>194</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 91 e 92.

<sup>195</sup> Idem; p. 93. Disse PAUWELYN: “As further explained below, in their treaty relations states can ‘contract out’ o one, more or, in theory, all *rules* of international law (other than those of *jus cogens*), but they cannot contract out the *system* of international law (PAUWELYN, Joost; *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*; Cambridge Studies in International and Comparative Law; 2003”.

<sup>196</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 94 – 96.

não sejam suficientes para inibir a conduta ilícita, pode-se dizer que houve “falha” do regime, o que habilita o recurso ao direito geral. Esta “falha” pode ser substantiva ou procedimental<sup>197</sup>.

Reconhece o relatório que, sendo os regimes autônomos ‘*lex specialis*’, estes acomodam e oferecem maior efetividade a interesses específicos. Obtempera-se, entretanto, que a norma especial deve desfrutar do mesmo status normativo que o direito geral, evitando-se derrogações ao *jus cogens*. Ademais, indica-se a erroneidade da expressão ‘regimes autônomos’, visto que a autonomia não é absoluta<sup>198</sup>.

Com efeito, o relatório alcança as seguintes conclusões acerca da relação entre regimes e direito geral: (1) os regimes autônomos extraem validade dos princípios gerais do direito internacional; (2) a despeito da especialidade e melhor acomodação de interesses, a natureza sistêmica do direito faz com que o direito geral ofereça recursos aos regimes para implementação de seus propósitos, de modo que os suplementem em caso de lacuna ou orientem sua interpretação, ou por meio da aplicação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, em particular as disposições que conduzem à aplicação de normas corporificadas em outros instrumentos (artigos 31 e 32), ou mesmo de modo que controle materialmente a aplicação dos regimes, já que o direito geral contém princípios hierarquicamente superiores os quais, inclusive, diante de uma “falha”, oferecem meios para indicar qual regime deva prevalecer; e se não indicar, ao menos estabelecem consequências pela preferência de um ou outro regime<sup>199</sup>.

#### **2.4. Direito geral e especial? Normas primárias e secundárias?**

Há, segundo o relatório, dificuldades na identificação do que é direito geral e o que é especial. Isto porque uma norma geral é também particular, no sentido de tratar de uma substância específica. Este exemplifica com o Tratado de Ottawa de 1997 (ou Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoais e sobre sua Destruição): em certo sentido, trata-se de uma norma específica sobre o uso de

---

<sup>197</sup> Idem; pp. 97 e 98.

<sup>198</sup> Ibidem; pp. 99 e 100.

<sup>199</sup> Ibidem; p. 100.

minas terrestres dentro das normas gerais de direito humanitário; em outro sentido, é geral por aplicar-se genericamente a uma classe. A dificuldade na definição do geral e especial é que se trata de uma atividade necessariamente relacional; uma norma não pode ser vista como geral e especial por si só, esta sempre será geral ou especial em relação a outra norma. Diz o relatório, também, ao concluir o item relativo à operação da *'lex specialis'*, que a relação entre geral e especial no direito é ubíqua. Sempre se poderá indagar como uma norma especial se relaciona com todo o contexto normativo no qual se insere. Não é fácil identificar o direito geral e o especial: acordos pactuados entre estados podem parecer exaurir determinado assunto e, com isso, apresentar-se como norma geral. Assim, a questão da operação da norma especial recai em um problema recorrente no direito internacional, qual seja, como este lida com lacunas. Tendo em vista que o direito se constitui como um sistema, é impossível tratar uma norma sem que seja relacionada ao todo do direito internacional; não é possível selecionar uma parte do direito para ser aplicado<sup>200</sup>.

Diante desta dificuldade, e mesmo para analisar a possibilidade de qualificar o direito internacional enquanto sistema jurídico, Anastasios GOURGOURINIS critica o relatório, uma vez que este ora se refere ao “direito internacional geral” como sendo o costume e os princípios gerais do direito, ora para indicar certas categorias de normas, como direito ambiental e direitos humanos. Ele afirma que o próprio relatório não procurou definir o que seja propriamente o “direito internacional geral” e deixou a discussão para um momento futuro; embora, em sua opinião, a definição seria central para a solução de problemas decorrentes da fragmentação do direito internacional<sup>201</sup>.

O autor, ao procurar empregar uma diferenciação pelo escopo normativo, sustenta que as normas que são vinculantes a todos os membros da sociedade internacional devem ser tidas como constituindo o “direito internacional geral”<sup>202</sup>.

Maksymilian DEL MAR fez crítica semelhante ao relatório. O autor denuncia um contraste entre a proclamada necessidade de se estudar a questão sob um ângulo pragmático, a partir do qual se produziria uma noção sobre a realidade de órgãos judicantes especializados do direito internacional, e o claro viés propositivo do relatório, o qual procura

---

<sup>200</sup> Ibidem; pp. 61 - 64.

<sup>201</sup> GOURGOURINIS, Anastasios; *General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System*; The European Journal of International Law; Vol. 22; n° 4; 2011; pp. 1008 - 1010.

<sup>202</sup> Idem; pp. 1016 - 1020.

submeter o sistema internacional a certos objetivos. Pondera, assim, como conciliar a identificação de um “direito internacional geral”, nos termos do relatório, fora de um estudo pragmático acerca da realidade da prática jurídica internacional<sup>203</sup>.

Para Melissa Zekiye CALTI, o direito internacional não oferece qualquer critério para identificação do geral e do particular, sobretudo por conta de sua organização em regimes e nisso reside a dificuldade em aplicar o critério da especialidade<sup>204</sup>

GOURGOURINIS também analisa a diferenciação entre normas primárias e secundárias utilizada pela CDI desde os trabalhos para codificação de normas relativas à responsabilidade internacional do estado: normas primárias estabelecem obrigações substantivas aos estados, ao passo que normas secundárias fixam sanções para o não atendimento de tais obrigações. Trata-se, segundo ele, de uma diferenciação funcional das normas, visto que são classificadas de acordo com a função que desempenham no sistema internacional. A distinção, como aponta o autor, possui particular importância para a definição de “regimes autônomos”, entendidos como regimes que contemplam um conjunto de normas secundárias – o autor define “regimes autônomos” filiando-se à definição de Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI - mas, apesar da importância, GOURGOURINIS critica o relatório, pois este se dedicou ao estudo da *lex specialis* sem levar em conta tal diferenciação. Isto é, quando da discussão do relatório sobre o que seja “o mesmo assunto”, para fins de operação do critério da especialidade, esta distinção precisaria ser levada em consideração<sup>205</sup>.

## 2.5. ‘*Lex specialis*’ e regionalismo.

Outro ponto levantado pelo relatório, no capítulo a respeito de ‘*lex specialis*’, é o regionalismo. Primeiramente esclarecendo que a expressão “regionalismo” não tem um sentido propriamente normativo, pois raramente aparece em um tratado e, quando aparece,

<sup>203</sup> DEL MAR, Maksymilian; Op. Cit. Nota 104; pp. 38 e 39.

<sup>204</sup> CALTI, Melissa Zekiye; *Methods of Norm Conflict Avoidance in International Law Applied to the Relationship Between Human Rights Law and Humanitarian Law: Fragmentation or Harmonisation? – The Applicability of Human Rights Treaties in The Context of Armed Conflicts*; Master thesis, University of Oslo, 2014; pp. 8 e 9.

<sup>205</sup> GOURGOURINIS, Anastasios; Op. Cit. Nota 201; p. 1020.

não se apresenta como uma norma ou princípio, bem como este não constitui propriamente um “ramo” especializado do direito internacional, o relatório aduz que a expressão é levantada ao que se discute a universalidade do direito internacional. Geralmente, prossegue o relatório, o debate contém viés político e econômico, centrado em benefícios comerciais ou em conveniência em segurança coletiva. Quando, porém, o termo assume um formato normativo, o regionalismo é referido como um tipo de ‘*lex specialis*’ regional<sup>206</sup>.

Para estudar o tema e associá-lo ao debate a respeito da fragmentação, o relatório distingue três sentidos para ‘regionalismo’: (1) o primeiro como tradição jurídico-cultural, como doutrinas de direito internacional soviéticas ou do ‘terceiro mundo’<sup>207</sup>; (2) o segundo corresponde a um foro privilegiado de produção normativa, dada a homogeneidade de interesses locais<sup>208</sup>; (3) o terceiro como perfazendo normas de exceção em relação ao direito internacional geral<sup>209</sup>. À medida que o primeiro se refere à composição cultural do direito internacional e o segundo é estudado pelo relatório a partir da genética dos interesses locais dentro das teorias das relações internacionais, o terceiro sentido se insere na discussão a respeito da fragmentação, por corresponder a uma visão de independência jurídica do direito regional frente ao direito geral<sup>210</sup>.

Neste sentido, o relatório situa o regionalismo entre visões que o enxergam como exceção ao direito geral e outras que o assimilam como implementação do direito geral. Para tanto, o relatório exemplifica com as ações regionais de segurança coletiva sob a leitura dos capítulos VII (ação relativa a ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão) e VIII (acordos regionais) da Carta das Nações Unidas, sobretudo acerca da interpretação do artigo 52 que, ao relatório, parece evidente que a ação regional, antes do aviso ao Conselho de Segurança,

---

<sup>206</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 102.

<sup>207</sup> Esta noção de diferentes tradições jurídicas é reproduzida pelo artigo 8º do Estatuto da Comissão de Direito Internacional e na prática das eleições das Nações Unidas, a qual propõe respeito à distribuição geográfica equitativa, segundo o relatório. Este indica, portanto, um sentido de democratização em função da participação regional nas organizações internacionais. Há, também neste aspecto, o pleito por multiculturalismo na composição do direito internacional, de acordo com a análise do relatório.

<sup>208</sup> Neste aspecto, o relatório o apresenta como ‘*lex specialis*’, acomodando com maior eficiência interesses específicos, o que se demonstra pelo fato de regimes de livre comércio e de direitos humanos terem encontrado suas primeiras expressões no contexto regional.

<sup>209</sup> Este aspecto é tratado pelo relatório como possuindo íntima relação com a discussão acerca da ‘*lex specialis*’. Pelo que se abstrai do relatório, este aspecto proclama completa originalidade e independência do ordenamento local, visto que este exemplifica com o caso “Asilo”, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1950 e o caso “Haya de la Torre” de 1951, também julgado pela Corte. No primeiro, a Colômbia argumentou que emergira um direito latino-americano sobre o asilo diplomático. Diz o relatório que este aspecto envolve aprofundado debate filosófico acerca do relativismo cultural.

<sup>210</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 106 – 111.

não se trata de exceção senão uma maneira de promover maior efetividade às medidas de manutenção da paz<sup>211</sup>.

A respeito da integração europeia, a qual dá suporte ao direito europeu, único processo jurídico regional ao qual o relatório dedica um item específico, este esclarece seu desenvolvimento histórico inaugurado pelo Tratado de Roma de 1957 e a arquitetura da Comunidade Econômica Europeia, o qual sofreu diversas emendas até que o Tratado da União Europeia, concluído em Maastricht em 1992, que fixou disposições as quais vão muito além da regulação econômica ao contemplar normas comunitárias supranacionais – tratadas, pelo relatório, como primeiro pilar –, atividades intergovernamentais de política comum e de política em segurança – segundo pilar –, e cooperação judiciária e outros interesses internos – vistos como o terceiro pilar. No seio do desenvolvimento jurídico europeu, o relatório também salienta o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu, segundo o qual os tratados constitutivos da integração europeia são mais do que acordos, mas uma ‘carta constitucional’ da União Europeia. Sobre sua relação com a ideia de fragmentação do direito internacional, aponta-se que: (1) no tocante ao primeiro pilar, a União Europeia é sujeito de direito internacional e, para propósitos práticos, deve ser tratada como organização intergovernamental; (2) há uma parte intrincada do direito europeu, referente à sua competência exclusiva e competência compartilhada<sup>212</sup>.

Apenas ao concluir o capítulo sobre ‘*lex specialis*’, o relatório aponta sua relação com o direito geral, incluindo o regionalismo no mesmo entendimento a respeito dos regimes autônomos: diz-se que o fenômeno sociológico denominado regionalismo não pode ser compreendido como um sistema isolado<sup>213</sup>.

Em debate promovido pela *American Society of International Law* (ASIL), Alberta FABBRICOTTI analisa a proliferação de acordos comerciais regionais e o paradoxal aumento da adesão de membros ao sistema geral da OMC. Ela lembra que a formação de núcleos regulatórios regionais é encorajada pelas normas da OMC, propriamente pelo artigo XXIV do GATT<sup>214</sup>, e parte do pressuposto do relatório de que os acordos regionais têm o

---

<sup>211</sup> Idem; pp. 111 e 112.

<sup>212</sup> Ibidem; pp. 112 e 113.

<sup>213</sup> Ibidem; p. 114.

<sup>214</sup> Artigo XXIV (Aplicação Territorial – Tráfego Fronteiriço – Uniões Aduaneiras e Zonas de Livre Troca): “1. As disposições do presente Acordo aplicar-se-ão ao território aduaneiro metropolitano das Partes Contratantes, assim como a qualquer outro território aduaneiro, a respeito do qual o presente Acordo tenha sido aceito nos termos do Artigo XXVI ou seja aplicado em virtude do Artigo XXXIII ou de acordo com o Protocolo de Aplicação Provisória. Cada um desses territórios aduaneiros será considerado como se fosse uma parte no

condão de assegurar de forma mais eficiente os objetivos do direito internacional geral à medida em que contém, entre seus membros, certa homogeneidade de interesses. Trata-se, segundo diz, de uma estratégia paradoxal a qual, ao procurar fortalecer os laços entre os membros do sistema geral, estes embarcam em subsistemas regionais. Isso compõe uma certa estratégia, consistente na multilateralização do regionalismo a partir da flexibilidade<sup>215</sup>.

O sentido de flexibilidade, segundo diz, envolve técnicas as quais permitem variados níveis de participação em dado sistema, como a “cooperação reforçada”, “círculos concêntricos”<sup>216</sup>, “geometria variável” e “integração *à la carte*”. As duas primeiras técnicas oportunizam diferentes ritmos e profundidades em termos de cooperação. “Geometria variável” oportuniza que a integração considere as diferenças regionais e “integração *à la carte*” se dá em atenção às diferenças substanciais ou funcionais de aplicação<sup>217</sup>. Para ela, há benefícios na promoção do pluralismo a partir da “geometria variável” como forma de reduzir pressões externas das quais emergem os acordos comerciais regionais; o sistema geral da OMC se depararia com dupla frustração, daqueles que desejam maior intensidade de integração e daqueles relutantes em aceitá-la<sup>218</sup>.

Assim, o que apropriadamente solucionaria problemas decorrentes do vertiginoso aumento de subsistemas regionais de comércio – fragmentação - seria um sistema geral vocacionado à flexibilidade, à variação de níveis de participação segundo as realidades específicas de seus membros, de modo que o sistema geral importe, desta forma, a visão de pluralismo.

PAUWELYN teve participação, também, neste debate. Discutiu a multilateralização do regionalismo a partir das cláusulas da nação mais favorecida, na medida em que o processo em questão implica a expansão do sistema de forma não discriminatória. No caso dos investimentos, e a conclusão de tratados bilaterais sobre investimento, a inclusão das referidas cláusulas oferece adequado sentido para a multilateralização do regionalismo, o

---

Acordo, exclusivamente para fins de aplicação territorial desse Acordo, com a condição de que as estipulações do presente parágrafo não serão interpretadas como estabelecendo os direitos e obrigações entre dois ou vários territórios aduaneiros, a respeito dos quais o presente Acordo tenha sido aceito nos termos do Artigo XXVI ou seja aplicado em virtude do Artigo XXXIII ou na conformidade do Protocolo de Aplicação Provisória, por uma só parte contratante (...).”

<sup>215</sup> FABRICOTTI, Alberta; *The Paradox of Multilateralizing Regionalism Through Flexibility; in Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture of International Trade Law As a System of Law*; American Society of International Law (2009); pp. 119 e 120.

<sup>216</sup> Trata-se de instituir diferentes campos de cooperação, um central e outros auxiliares, a fim de oportunizar a adesão à cooperação aos setores que os estados-membros entenderem por bem.

<sup>217</sup> A autora não oferece rigorosa definições aos referidos termos.

<sup>218</sup> FABRICOTTI, Alberta; Op. Cit. 215; p. 120.

que, por outro lado, desfavorece o estabelecimento de um sistema multilateral de investimento<sup>219</sup>.

Porém, segundo argumenta o autor, dentro de Acordos de Parcerias Econômicas esta relação é mais complexa, visto que se por um lado o estabelecimento de cláusula da nação mais favorecida seria, aos olhos do sistema da OMC, frutífero por implicar mais liberalização do comércio; por outro, a extensão automática de benefícios conferidos a um grupo a outros poderia inibir a negociação da referida cláusula<sup>220</sup>.

Gabrielle MARCEAU foi a última participante deste debate. Ela salientou o impressionante aumento de Acordos Regionais de Comércio, o que, segundo afirma, não mina o sistema geral da OMC a não ser que haja benefícios não estendidos aos seus membros. O mecanismo da transparência, segundo o qual os membros da OMC que firmam um acordo regional devem notificá-la a seu respeito, tem desempenhado importante papel; embora a autora constate que há um certo bloqueio de informações por parte de alguns membros<sup>221</sup>.

Neste passo, MARCEAU também faz considerações a respeito dos acordos regionais os quais, em virtude da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, indicariam o rumo para a multilateralização do regionalismo, muito embora, como contra-efeito, seu aumento desencoraje as negociações multilaterais. Relembrando o Caso das Restrições às Bebidas Açucaradas entre o México e os Estados Unidos da América, na OMC, a autora afirma que das relações entre o sistema geral e os acordos regionais podem decorrer problemas de alocação da autoridade e que este problema é persistente e incerto. Outra questão abordada por MARCEAU é a possibilidade de os acordos regionais preverem menores direitos entre seus membros, situação na qual deverá ser indagado se os estados, por meio de acordos regionais, podem restringir o conteúdo das normas do sistema geral da OMC. Todas essas questões expõem, para a autora, as dificuldades de coerência sistêmica sobre o comércio internacional<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> PAUWELYN, Joost; *Multilateralizing Regionalism: What About na MFN Clause In Preferential Trade Agreements?*; in *Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture Of International Trade Law As a Systema Of Law*; American Society of International Law (2009); pp. 122 e 123.

<sup>220</sup> Idem; pp. 123 e 124.

<sup>221</sup> MARCEAU, Gabrielle; *News From Geneva On RTAs And WTO-PLUS, WTO-MORE, And WTO-MINUS*; in *Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture Of International Trade Law As a Sistem of Law*; American Society of International Law (2009); pp. 124 e 125.

<sup>222</sup> Idem; pp. 126 e 127.

Markus G. PUDER se coloca a questionar se a integração regional é boa notícia ao direito ambiental. O autor analisa a relação entre o direito ambiental e o direito da integração econômica como duas novas disciplinas a serem relacionadas; embora afirme que a relação entre ambas seja mal-explorada e alerta para o fato de que esteja em curso uma hibridização do direito internacional e constitucional, a partir dos sistemas de soluções de controvérsias da União Europeia, que os coloca em posição de não familiaridade e peculiaridade em relação aos que estejam fora do processo de integração<sup>223</sup>.

PUDER elege o princípio da precaução como objeto a ser problematizado. O princípio, segundo o autor, embora afirmado em instrumentos nacionais, regionais e globais, suscita controvérsias. Sua aplicabilidade flutua entre “hard law” e “soft law” dentro da hierarquia do direito internacional; caso o princípio seja compreendido como não vinculante comporá o “soft law”. A Declaração do Rio de 1992 é geralmente vista, diz o autor, como não vinculante; trata-se de um guia a ser seguido pelos estados a respeito da precaução. Apesar disto, o princípio da precaução pode ser tido como vinculante caso tenha se positivado por meio do costume ou dos princípios gerais do direito. Neste ponto, o autor argumenta que no âmbito da integração europeia o princípio da precaução é vinculante, por meio da Comunicação da Comissão Europeia a qual constitui bons ofícios que o reconhece como princípio jurídico. Ele também realiza cotejo entre a previsão na Declaração do Rio e na Comunicação em apreço, observando ser o primeiro uma forma mais básica e o segundo se coloca de forma mais agressiva em relação à incerteza científica<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> PUDER, Markus G.; *The Rise of Regional Integration Law (RIL): Good News For International Environment Law (IEL)?*; Georgetown International Environmental Law Review; Vol. 23; 2011; pp. 165 – 168.

<sup>224</sup> Idem; pp. 168 – 195. Na Declaração do Rio de Janeiro, a precaução está contida no princípio 15: “com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Na Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução (COM/2000/0001), diz-se, por exemplo: “5.1. (Factores que desencadeiam o recurso ao princípio da precaução): o recurso ao princípio da precaução é feito apenas numa hipótese de risco potencial, mesmo que este risco não possa ser totalmente demonstrado, não se possa quantificar a sua amplitude ou os seus efeitos determinados devido à insuficiência ou ao carácter inconclusivo dos dados científicos. Convém todavia salientar que o princípio da precaução não pode em caso algum legitimar uma tomada de decisão de natureza arbitrária. 5.1.1. (Identificação de efeitos potencialmente nocivos): um elemento prévio ao recurso ao princípio da precaução é a avaliação dos dados científicos relativos aos riscos. Contudo, um elemento precede lógica e cronologicamente esta avaliação, a saber, a identificação dos efeitos potencialmente nocivos que decorrem de um fenómeno. Para ter uma melhor percepção destes efeitos, revela-se necessário proceder a uma avaliação científica. A decisão de proceder a esta avaliação sem esperar por informações adicionais está relacionada com uma percepção menos teórica e mais concreta do risco. 5.1.2. (Avaliação científica): ao avaliar a necessidade, ou não, de medidas para proteger o ambiente, a saúde das pessoas e dos animais ou a protecção vegetal, deveria

Como não poderia deixar de ser, PUDER passa a analisar, então, eventuais fissuras e sobreposições jurisdicionais a partir do Caso da Usina de MOX, o qual leva o autor a concluir que é preciso que haja, por parte da União Europeia, certeza de que esteja assegurando o direito ambiental<sup>225</sup>.

---

fazer-se uma avaliação científica dos potenciais efeitos nocivos com base nos dados disponíveis. Ao decidir se se deve ou não aplicar o princípio da precaução, deveria ter-se em conta uma avaliação de riscos sempre que viável. Isto exige dados científicos seguros e raciocínio lógico, conduzindo a uma conclusão que exprima a possibilidade de ocorrência e a gravidade do impacto de um potencial perigo para o ambiente ou a saúde de uma determinada população, incluindo a extensão dos possíveis danos, a sua persistência, a reversibilidade e os efeitos retardados. Contudo, não é possível completar uma avaliação de riscos detalhada em todos os casos, mas deveriam desenvolver-se esforços para avaliar a informação científica disponível. Sempre que possível, deveria elaborar-se um relatório indicando a avaliação dos conhecimentos existentes e a informação disponível, fornecendo os pontos de vista dos investigadores quanto à fiabilidade da avaliação bem como quanto às incertezas remanescentes. Se necessário, deve igualmente conter a identificação dos tópicos para a subsequente investigação científica”.

<sup>225</sup> PUDER, Markus G; Op. Cit. Nota 223; pp. 198 – 209.

### CAPÍTULO III – A DISCUSSÃO SOBRE FRAGMENTAÇÃO E NORMAS SUCESSIVAS NO DIREITO INTERNACIONAL.

Outro ponto de discussão do relatório da Comissão de Direito Internacional acerca da fragmentação do direito internacional é a relação entre normas sucessivas. Trata-se da dimensão cronológica de compreensão da relação entre normas, segundo a qual, a depender das circunstâncias, a norma posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat lege priori*)<sup>226</sup>.

Nos termos do relatório, a máxima da prevalência da norma posterior provém do direito romano e já era objeto de análise de GRÓCIO e VATTEL. Atualmente, esta é ora indicada como princípio geral do direito, nos termos do artigo 38 (1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; ora como norma de interpretação fixada pelo costume internacional; ou ainda como uma decorrência lógica da interpretação jurídica<sup>227</sup>.

O relatório alerta para – assim como acontece com o critério da norma especial – a cautela que se deve tomar ao se tentar aplicar as noções do direito doméstico ao direito internacional, tendo em conta as peculiaridades deste. Seria inaceitável permitir, segundo ele, que tratados posteriores sobreponham tratados anteriores, sobretudo caso os participantes do primeiro e do segundo, ou mesmo seus beneficiários, sejam diferentes. Se o critério da especialidade melhor acomoda interesses específicos, o critério da posterioridade acomoda interesses inerentes à conjuntura presente<sup>228</sup>.

Revive-se, assim, o segundo elemento que Wilfred JENKS enxergou como indicativo de incoerências sistêmicas no direito internacional, qual seja, o fato de que nem todos os membros de um tratado participarem, necessariamente, de suas revisões<sup>229</sup>. Um estado pode fazer parte de um novo tratado e litigar com outro estado que só tenham ratificado o anterior, do que resultam variações de direito aplicável aos membros da sociedade internacional. Mas o relatório não para por aí: há dificuldades oriundas do caráter horizontal das normas de direito internacional, possibilitando que acordos bilaterais sobreponham tratados, cuja natureza teria um ‘ethos legislativo’. Além disso, há dificuldades próprias da linguagem

---

<sup>226</sup> Normas sucessivas não indicam propriamente o critério da posterioridade. No direito internacional público, a relação entre normas sucessivas dependerá das partes que ratificaram um ou outro acordo, ou ambos.

<sup>227</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 115 - 117.

<sup>228</sup> Idem; p. 117.

<sup>229</sup> JENKS, Wilfred; Op. Cit. Nota 17.

empregada pela CVDT, especialmente sobre a exigência de que as normas em conflito disponham sobre o “mesmo assunto” – o que, conquanto o direito internacional seja organizado em regimes especiais, inviabiliza a capacidade de solução ao fenômeno da fragmentação pelo critério da posterioridade -, bem como há intrincadas relações com outros critérios de solução de conflito normativo. Por fim, o critério, tal qual disposto pela CVDT, não esclarece como as normas devem ser consideradas anteriores ou posteriores.

Por conta de tais dificuldades, as questões envolvendo a relação entre normas sucessivas no direito internacional são vistas pelo relatório como obscuras<sup>230</sup>.

Este capítulo pretende analisar, portanto, o debate a respeito das normas sucessivas no direito internacional, bem como sua relação com a, talvez existente, fragmentação do direito internacional; e conseqüentemente o impacto que este estudo produziu na literatura jurídica sobre o direito internacional, critérios de derogabilidade normativa, fragmentação, unidade e coerência.

### **3.1. O relatório e o debate sobre conflitos entre normas sucessivas.**

Como expõe o relatório, a emergência de uma norma não implica automática derrogação da norma anterior, visto que logicamente esta ainda se aplicará sobre estados que não ratificaram a norma derogadora ou caso esta norma discipline o objeto apenas parcialmente. Acrescenta o relatório que o fato de um acordo se sobrepor à norma costumeira anterior não conduz à automática presunção em favor da norma posterior<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 118.

<sup>231</sup> Idem; pp. 115 e 116.

Ademais, o relatório sustenta que os artigos 30<sup>232</sup> e 41<sup>233</sup> da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 deixa uma série de questões em aberto, impondo dificuldades ligadas ao fato de não haver certezas a respeito do termo inicial do tratado a ser considerado para fins da aplicação do critério, como também problemas decorrentes do fato de não haver identidade entre partes do primeiro e do segundo tratado.

Diz o relatório que a CVDT codificou conteúdos já existentes no direito internacional, os quais ainda oferecem a racionalidade e a perspectiva segundo as quais tais normas convencionais devem ser aplicadas, como é o caso das normas sucessivas. Duas condições, porém, devem ser analisadas de forma separada: normas anteriores e posteriores pactuadas entre partes idênticas; e a situação na qual não há identidade entre as partes que pactuaram as normas anteriores e posteriores. Caso haja identidade entre os membros do primeiro e do segundo tratado, o relatório afirma que, primeiramente, há um esforço em ler ambos como não contraditórios, o que corresponde ao princípio da harmonização. Se, por outro lado, for impossível considerar os tratados à luz do princípio da harmonização, então o critério da posterioridade será aplicado. Ademais, conforme indica o relatório, a aplicação do critério da posterioridade não é automática, visto que está subordinada à análise da intenção das partes. Ou seja, antes de aplicar o critério da posterioridade, é preciso saber se a substituição do padrão normativo foi intencionada pelas partes<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Artigo 30 (Aplicação de Tratados Sucessivos sobre o Mesmo Assunto): “1. Sem prejuízo das disposições do artigo 130 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes. 2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão. 3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as duas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior. 4. Quando as partes no tratado posterior incluem todas as partes no tratado anterior: a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3; b) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos. 5. O parágrafo 4 aplica-se sem prejuízo do artigo 41, ou de qualquer questão relativa à extinção ou suspensão da execução de um tratado nos termos do artigo 60 ou de qualquer questão de responsabilidade que possa surgir para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com suas obrigações em relação a outro Estado nos termos de outro tratado.

<sup>233</sup> Artigo 41 (Acordos para Modificar Tratados Multilaterais somente entre Algumas Partes): “1. Duas ou mais partes num tratado multilateral podem concluir um acordo para modificar o tratado, somente entre si, desde que: a) a possibilidade de tal modificação seja prevista no tratado; ou b) a modificação em questão não seja proibida pelo tratado; e i) não prejudique o gozo pelas outras partes dos direitos provenientes do tratado nem o cumprimento de suas obrigações; ii) não diga respeito a uma disposição cuja derrogação seja incompatível com a execução efetiva do objeto e da finalidade do tratado em seu conjunto. 2. A não ser que, no caso previsto na alínea a do parágrafo 1, o tratado disponha de outra forma, as partes em questão notificarão às outras partes sua intenção de concluir o acordo e as modificações que este introduz no tratado.

<sup>234</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 118 e 119.

O relatório também argumenta que, à luz do artigo 59<sup>235</sup> da CVDT, essa diretriz interpretativa se aplica igualmente aos tratados multilaterais<sup>236</sup>.

Embora no caso de haver identidade entre as partes a questão pareça de simples solução, há dificuldades na identificação da norma anterior, sobretudo acerca do marco temporal a ser considerado, visto que para alguns o tratado deve ser considerado anterior a partir do momento de sua conclusão, ao que a corrente minoritária entende que este deve ser considerado anterior a contar de seu vigor. Esta complicação é acentuada caso um estado ratifique um determinado tratado anteriormente a outro, ao passo que outro estado os ratifique na ordem inversa<sup>237</sup>.

Há dificuldades, ademais, na conciliação do critério da especialidade em relação ao critério da posterioridade. Dialogando com JENKS, para quem nenhum critério poderia ter validade absoluta, e levantando o caso “*Mavrommatis Palestine Concessions*”<sup>238</sup>, no qual ambos os critérios foram conjuntamente aplicados, o relatório argumenta que deverá haver a consideração entre especialidade e temporalidade, de modo que se identifique qual aspecto é mais decisivo para o caso. Sustenta ser ainda possível que certo tribunal entenda por bem não aplicar qualquer dos dois<sup>239</sup>.

GHOURI argumenta que o critério da posterioridade não resolverá todos os tipos de conflitos entre tratados, e a depender de situações particulares haverá preferência pela norma anterior, lembrando o Parecer Consultivo sobre “*Reservas*” da CIJ e decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Para ele, porém, nem a preferência pela norma posterior nem pela norma anterior tem condições de pôr fim às incertezas do direito internacional. Em diálogo com PAUWELYN, o autor sustenta que o aspecto temporal do direito não é capaz

<sup>235</sup> Artigo 59 (Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Virtude da Conclusão de um Tratado Posterior): “1. Considerar-se-á extinto um tratado se todas as suas partes concluírem um tratado posterior sobre o mesmo assunto e: a) resultar do tratado posterior, ou ficar estabelecido por outra forma, que a intenção das partes foi regular o assunto por este tratado; ou b) as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do anterior, que os dois tratados não possam ser aplicados ao mesmo tempo. 2. Considera-se apenas suspensa a execução do tratado anterior se se desprender do tratado posterior, ou ficar estabelecido de outra forma, que essa era a intenção das partes.

<sup>236</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 119.

<sup>237</sup> Idem; p. 120.

<sup>238</sup> Ver nota 120. A contenda se dá por iniciativa da República Grega pela recusa do Governo Palestino e, por consequência, da Majestade Britânica, em reconhecer os direitos do senhor Mavrommatis, o qual firmara contratos para determinados serviços públicos relativos a certas construções na Palestina com autoridades otomanas. Entendeu a Corte que o Protocolo XII do Tratado de Lausanne é certamente um instrumento internacional, o qual não contém qualquer cláusula aceitando a jurisdição da Corte. Além de tratar específica e explicitamente de concessões, diferentemente do Mandato sobre a Palestina o qual só o faz de maneira implícita, o tratado é mais recente. A Corte entendeu não ter jurisdição sobre o caso.

<sup>239</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 120 e 121.

de solucionar as dificuldades do direito internacional, mesmo porque os tratados multilaterais também não pairam “congelados no tempo”; se PAUWELYN apostou no critério da especialidade para resolver conflitos normativos, GHOURI opina que ambos não são capazes oferecer respostas precisas<sup>240</sup>.

A conclusão de um tratado que não venha a ser ratificado pelas mesmas partes de um tratado anterior sobre um mesmo objeto provoca maior complicação para a identificação do direito aplicável e arrisca a unidade do direito internacional. Segundo o relatório, a questão das normas sucessivas tem sido tratada em um contexto de relações complexas entre conjuntos de tratados, o que faz da aplicação da norma posterior uma prioridade apenas relativa. Neste ponto, o relatório faz a mesma ressalva que fizera em relação à norma especial de que a norma derogadora (posterior) deve gozar do mesmo status que a norma derogada (anterior)<sup>241</sup>.

Nos casos em que não há identidade entre as partes, ao contrário de se proclamar a prevalência da norma posterior, prefere-se a anterior. A prevalência da norma anterior foi inauguralmente aplicada, segundo examina o relatório, pela Corte de Justiça da América Central (CACJ), especialmente na contestação da Costa Rica e Salvador<sup>242</sup> ao tratado concluído entre a Nicarágua e os Estados Unidos da América sobre o Canal do Panamá, por este violar tratados anteriores firmados com os estados reclamantes sobre o mesmo objeto. A Corte entendeu que havia violação, mas que o tratado não poderia ser considerado nulo pelo fato de os Estados Unidos não participarem do pleito, de modo que não poderia haver um pronunciamento da Corte sobre seus direitos<sup>243</sup>.

Já na opinião consultiva “*Austro-German Customs Union*” (“*Customs Regime Between Germany and Austria*”), exarada pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1931, houve, nos termos do relatório, aparente preferência à norma anterior, visto que esta entendeu que o regime de união aduaneira entre a Áustria e a Alemanha violava o Tratado

---

<sup>240</sup> GHOURI, Ahmad Ali; Op. Cit. Nota 117; p. 252.

<sup>241</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 122. Exemplificativamente, o relatório faz referência ao caso das reservas à Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1951, entendendo pela impossibilidade de frustração de uma convenção multilateral por meio de ato unilateral. Sobre o caso, o relatório argumenta não haver implicação sobre a validade da Convenção sobre o Genocídio e os acordos particulares, mas a própria incidência da norma *pacta sunt servanda*. Essa divisão parece, ao relatório, indicar que a violação acarretará em responsabilidade, e que há conteúdos jurídicos de importância especial.

<sup>242</sup> Certamente referem-se à República de El Salvador.

<sup>243</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 123.

de Versalhes, o Tratado de Saint-Germain de 1919 e seu Protocolo de 1922<sup>244</sup>. Paralelamente, no caso “*Oscar Chinn*” de 1934, tematicamente conexo ao primeiro, dois juízes com opiniões dissidentes entenderam que o Tratado de Saint-Germain e seu Protocolo deveriam ser considerados parcialmente nulos por violarem o Ato de Berlim de 1885<sup>245</sup>.

A dificuldade de aplicação do critério da posterioridade é lembrada por Anthony AUST. Tratando de tratados bilaterais essencialmente, o autor indica que não há nulidade ou anulabilidade decorrente da conclusão de novo tratado incompatível com um tratado anterior. Resta ao estado que conclui ambos os tratados cuidar da harmonização entre eles, seja por meio da terminação ou emenda de quaisquer deles ou dos dois. Caso o estado não

---

<sup>244</sup> O Parecer foi solicitado pelo Conselho da Liga das Nações, sobre se o regime entre Alemanha e Áustria não violaria o Tratado de Saint-Germain-en-Laye e seu Protocolo nº I, relativos à reconstrução da Áustria. As normas em questão proclamam a independência da Áustria, de tal modo que anunciam o dever da própria em se abster de firmar acordos que ameacem tal independência, a não ser que haja o consentimento do Conselho da Liga das Nações. O Protocolo, inclusive, determina que não se estabeleça qualquer vantagem econômica que comprometa a referida independência. Ao estabelecer um tratado de união aduaneira com a Alemanha, sem o consentimento do Conselho, argumentou-se pela violação dos referidos instrumentos, o que colocou a Corte a analisar a juridicidade da união aduaneira frente a eles. A Corte, então, observa que uniões aduaneiras existem e de modo algum significaram alienação da independência econômica de um estado. Ao final, porém, a Corte conclui que, uma vez que há vantagens conferidas à Alemanha, não extensivas a outras nações, a união aduaneira violaria os instrumentos em questão, ao ameaçar sua independência econômica.

<sup>245</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 124. Bélgica e Reino Unido submeteram a questão das perdas e danos sofridas pelo cidadão britânico, senhor Oscar Chinn, por medidas tomadas pelo governo e companhia belgas, “*Union Nationale des Transports Fluviaux*”, sobre o transporte fluvial no Congo Belga, à Corte Permanente de Justiça Internacional. A controvérsia se deu sobre eventual violação ao Tratado de Saint-Germain-en-Laye e ao direito internacional geral. Acusou-se que as medidas da Bélgica visavam criar um monopólio. O senhor Chinn era um transportador fluvial no Congo Belga o qual, dada a depressão comercial de 1930 e 1931, a partir da qual a Bélgica decidiu abaixar preços dos produtos do Congo reduzindo os custos com transporte, não produzia seu próprio produto, ao que a Bélgica adotou parâmetros de compensação diferenciados aos que o faziam. Essa condição levou os demais transportadores a reclamar de uma eventual tentativa de criação de um monopólio em favor da *Union Nationale des Transports Fluviaux*, por reduções de tarifas concedidas à Companhia; como forçou o Sr. Chinn a suspender suas atividades. O Ato de Berlim de 1885 previa equanimidade comercial entre membros da Liga das Nações e que tivessem aderido ao Ato. Seu Anexo desenhava norma especialmente destinada à Bacia do Congo, prevendo liberdade comercial. O Tratado de Saint-Germain-en-Laye (revisão do Ato Geral de Berlim e do Ato Geral de Bruxelas) é considerado, pela Corte, como o sucessor do Ato de Berlim, de modo que este último só vigora sobre a definição dos limites territoriais. O artigo 13 do Tratado abrogou o Ato Geral de Berlim e o Ato Geral de Bruxelas, exceto às questões concernentes ao artigo 1. Com isso, o Tratado teria abandonado disposições específicas a respeito de arrecadação previstas no artigo 4 do Ato de Berlim. A Corte reconhece que o Tratado de Saint-Germain-en-Laye tenha abolido o regime de liberdade comercial tal qual esbelecido pelos Atos, embora considerou que o Tratado não se prestou a se apartar do princípio geral da liberdade. A Corte considera, inclusive, que nos termos do Tratado liberdade comercial significa livre compra e venda de bens. Não considera que a Bélgica tenha intencionado a criação de um monopólio. Por isso concluiu que esta não teria violado obrigações internacionais. Os juízes EYSINGA e SCHÜCKING consideraram que o Tratado de Saint-Germain-en-Laye violaria o Ato de Berlim. O primeiro, questionou se as partes do Tratado estariam autorizadas a concluí-lo, visto tratar-se de modificação *inter se*, por não haver correspondência absoluta entre as partes, a qual o Ato não autoriza expressamente; como igualmente o Ato não continha qualquer previsão sobre sua denúncia. SCHÜCKING produziu sua opinião dissidente afirmando concordar com EYSINGA.

promova dita solução, este será submetido ao custo da violação de um ou de ambos os tratados<sup>246</sup>.

Nesse passo, diz o relatório que LAUTERPACHT, em seu relatório sobre direito dos tratados à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, partiu do princípio do respeito à norma anterior, associando a questão ao direito doméstico dos contratos. Porém, argumentou que a prevalência absoluta poderia gerar efeitos catastróficos, sobretudo se a norma posterior pertencer ao direito internacional público geral. O relatório afirma, sobre este ponto, que a prevalência da norma anterior está para o direito contratual, ao que a prevalência da norma posterior pertence ao domínio do direito público. A prevalência da norma anterior entre partes não idênticas, segundo a análise do relatório, é típica de certos conteúdos como a “cláusula da nação mais favorecida”: ao que se conceder por um tratado posterior certos benefícios a uma nação, estes devem ser reconhecidos a outras por força da incidência da norma anterior fixando a referida cláusula. Por seu turno, há ocasiões de preferência à norma posterior mesmo entre partes não idênticas em tratados sucessivos, embora sejam raras, segundo diagnostica o relatório. Este enxerga nesta hipótese uma violação ao princípio de que terceiros estados não podem ser afetados por acordos os quais não tomaram parte<sup>247</sup>.

A possibilidade de derrogação de tratados anteriores sem que todas as partes tenham participado do novo tratado retoma o caráter especial de certos instrumentos multilaterais. De acordo com o relatório, o caso “*Slivenko v. Latvia*”, julgado pela Corte Europeia de direitos Humanos em 2003, é exemplificativo da ideia de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos controla a aplicação do tratado bilateral que lhe seja anterior<sup>248</sup>. O caso

---

<sup>246</sup> “If the obligations in a treaty between State A and State B are incompatible with the obligation which State A has to State C under an earlier treaty, the obligations under the earlier treaty will remain unaffected. State A will have to try to amend or terminate one or other of the treaties, or risk being in breach of one, or both, of them” (Anthony AUST; Op. Cit. Nota 147; p. 216).

<sup>247</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 124 e 125.

<sup>248</sup> As Senhoras Tatjana Slivenko e Karina Slivenko e o Senhor Nikolaj Slivenko são autores face à Letônia. Eles são de origem russa, e a Senhora Tatjana e o Senhor Kikolaj se casaram no estado reclamado; a Senhora Karina é filha de ambos. Uma vez que o Senhor Kikolaj servira ao exército e com a independência da Letônia, a partir da qual a Federação Russa reassumiu a jurisdição sobre o exército soviético, esta negou aos reclamantes o reconhecimento da nacionalidade, ou habitação, visto que o governo da Letônia emitiu ordens de deportação, sob argumento de que mentiram ao dizer que o Senhor Kikolaj trabalhara em uma fábrica. Haveria um tratado entre Letônia e Rússia para listagem e remoção do pessoal militar. Em apuração à legislação doméstica da Letônia, a Corte constata que há dois tipos de residência permanente, de cidadãos e não-cidadãos. Há, inclusive, uma espécie de cidadania específica para a antiga União Soviética. Há na legislação a previsão de anulação da permissão de residir permanentemente caso o estrangeiro ou o apátrida ameça a segurança ou a ordem pública. Adicionalmente, a Corte constatou a existência do tratado, datado de 1994, acerca da remoção de tropas russas instaladas na Letônia. O tratado estabelecia a remoção de pessoal militar listado, bem como familiares e propriedade móvel. Os reclamantes, por outro lado, confrontaram a medida alegando violação à Convenção

firma entendimento no sentido de que, ao ratificar a Convenção, pressupõe-se que todas as normas nacionais e tratados internacionais sejam a ela compatibilizados; ademais, o caso indica, segundo o relatório, uma certa hierarquia jurídica em favor das chamadas obrigações integrais, como são os direitos humanos, sobre transações bilaterais. Porém, há dificuldades em saber se este entendimento obedece ao critério da especialidade, posterioridade ou superioridade, mas a importância do caso residiria na não independência de tratados ao ambiente normativo geral. O que sugere o relatório é que, assim como o critério da especialidade, o critério da posterioridade é incerto e não pode ser aplicado de forma “mecânica”<sup>249</sup>.

Sob a leitura do relatório, portanto, o direito internacional público parece oscilar, diante de uma nova norma, entre o entendimento de que dita norma corresponde a um novo padrão normativo o qual deve substituir o anterior e o entendimento de que a norma posterior corresponde a uma violação à norma anterior, acarretando em responsabilidade<sup>250</sup>. Esta discussão parece ir além da noção de que os tratados sucessivos se relacionam com o tema da fragmentação pela possibilidade de nem todos os membros de um tratado anterior participarem da formulação de um novo tratado, de modo que subsistam diferentes direitos aplicáveis a depender das partes em litígio. A sucessividade normativa gera incertezas sobre a validade jurídica das normas anteriores e posteriores, ou mesmo sobre o peso a ser

---

Europeia de Direitos Humanos, especificamente sobre seus direitos à vida privada e familiar, e seu direito ao lar. Cabe destacar que a Corte indicou que o protocolo nº7, artigo 1º da Convenção, a qual trata da condição do estrangeiro, seria *lex specialis* em relação ao artigo 13 da Convenção, o qual trata do direito ao apropriado acesso aos remédios judiciais, vez que houve alegação de violação a este último, embora o Protocolo não se aplicasse ao caso. À medida que houvera argumentação de que a Corte não poderia passar julgamento sobre questão que envolvia o tratado entre Letônia e Rússia de 1994, considerando que a Letônia ratificou a Convenção Europeia em 1997, e que o primeiro tratado seria uma “quase-reserva”, a Corte pontuou que não houve reserva formal e que sua atribuição seria apreciar o cumprimento do estado membro das disposições contidas na Convenção. A Corte julgou admissível a reclamação das Senhoras Tatjana e Karina Slivenko.

<sup>249</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 126 e 127.

<sup>250</sup> Na análise de Paulo Borba CASELLA a respeito da importância da *jus cogens* para o direito dos tratados há uma impressão correlata: “o procedimento técnico convencional não é apto, como tal, nem a estabelecer tais regras, nem a modifica-las; na verdade, não existem tratados tendo tecnicamente valor superior ao de outros, pois a forma constituinte não existe em direito internacional público: o tratado que estiver em contradição com tratado estipulando regra absoluta deveria ser considerado como modificando esse tratado ou violando-o? Isso não quer dizer que norma imperativa não pode nascer em decorrência de convenção, mas ao contrário, o tratado pode estar na origem da norma costumeira, como previamente estabelecida, mas é pelo processo consuetudinário, comportando o elemento de *opinio juris*, quanto a conteúdo determinado, que a norma imperativa aparece como tal, e não em decorrência do mecanismo convencional que a precedeu ou acompanhou” (CASELLA, P. B; *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*; Editora Quartier Latin do Brasil; São Paulo – 2008; p. 746).

reconhecido entre um ou outro valor juricamente consagrado a depender de sua natureza e seu propósito.

### **3.2. A discussão sobre o artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.**

Ao analisar o artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – e sob constatação de que o critério da posterioridade não oferece soluções definitivas caso não haja identidade entre as partes dos tratados sucessivos -, o relatório afirma que grande parte do texto do artigo em questão é “relativamente incontroversa”<sup>251</sup>. Entretanto, há dificuldades para compreender o significado de tratados sobre o “mesmo assunto”, referido no artigo 30 (1). Neste ponto, a divisão do estudo do direito internacional público em categorias temáticas – como “direitos humanos, “direito ambiental” - ganha novamente importância. Essas qualificações, segundo o relatório, são arbitrárias porque não há norma jurídica que as estabeleça; elas não miram na natureza de um dado instrumento, mas no interesse do observador sobre qual perspectiva este pretende descrever o problema jurídico. Por isso, o relatório argumenta que a referência feita pelo artigo 30 a tratados que versam sobre o “mesmo assunto” permitiria que os estados etiquetassem os tratados com qualificações temáticas novas, e com isso justificariam o desvio de obrigações contidas em outros instrumentos<sup>252</sup>.

No mesmo sentido, Ahmad Ali GHOURI se posicionou sobre o critério da posterioridade criticando sua capacidade - e a capacidade da própria CVDT - de realmente solucionar conflitos normativos no direito internacional. Isso porque, segundo o autor, a identificação do “assunto” dos tratados, bem como a identificação do tempo de sua conclusão são problemáticos. Uma vez que o conflito normativo se dá, segundo GHOURI, caso um estado não seja capaz de cumprir simultaneamente duas obrigações, a identificação do “assunto” de um tratado é geralmente realizada a partir do interesse predominante que

---

<sup>251</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 129.

<sup>252</sup> Idem; pp. 129 e 130. O argumento é ilustrado com a possibilidade de desviar das obrigações inerentes aos direitos dos refugiados, forjando-se normas que em seu conjunto recebam a nomenclatura de “direito de migração humana”, e, na nota de rodapé 337 do relatório, ainda se exemplifica com o debate sobre um novo “terrorism law”.

constitui seu objeto, independentemente de previsões específicas que possam produzir impactos sobre outros interesses<sup>253</sup>. Quer dizer, um tratado a partir de seu núcleo pode ser categorizado como “comercial” e, uma vez que se identifique que “comercial” é seu “assunto”, colide com outro tratado sobre o qual se conclua ter “assunto ambiental”; o conflito entre eles não será resolvido nos termos do artigo 30 da CVDT, porque não são tratados que versam sobre um “mesmo assunto”.

Esta também é a posição de Ralf MICHAELS e Joost PAUWELYN. Os autores argumentam que a aplicação do critério da posterioridade entre normas pertencentes a diferentes “ramos” do direito internacional causa inquietação, já que os tratados são produzidos por sistemas diferentes e, portanto, não versam sobre o “mesmo assunto”. Seu campo de operação é intrassistêmico, e por isso o critério é ineficiente em relações inter-sistêmicas. Para tanto, dão os autores um exemplo: o GATT original foi estabelecido em 1947, de modo que o Tratado de Roma e o Protocolo de Montreal posteriores seriam prevaletentes; com a conclusão do GATT 1994, como tais relações se dão? E com a conclusão do Tratado de Lisboa? Para MICHAELS e PAUWELYN, ou se anuncia o critério da especialidade como superior ao critério da posterioridade, apesar de manter a dificuldade em se saber qual tratado seria mais específico; ou então se reconhece que tais tratados são todos contínuos, possuem vidas independentes, ao ponto de sua relação não poder ser entendida de forma cronológica, negando-lhes o caráter ‘sucessivo’ e, desta forma, o artigo 30 da CVDT não se aplicaria. O reconhecimento de que tais tratados não pertencem a um mesmo sistema seria a medida mais fácil, para eles<sup>254</sup>.

O relatório argumenta que à análise sobre se dois tratados tratam do “mesmo assunto” importa saber se o atendimento a uma obrigação afeta outra obrigação, inclusive levando em conta os objetos e propósitos dos instrumentos nos quais as obrigações sejam incluídas. Entretanto, ele também argumenta que é mais fácil aplicar as máximas da especialidade e posterioridade quando os instrumentos em conflito pertencem a um mesmo regime<sup>255</sup>.

Com efeito, a visão do relatório se alia a uma visão ampla sobre o que seja o critério do “mesmo assunto”. Adarsh RAMANUJAN aduz que poucos estudiosos do direito internacional – entre os quais Anthony AUST – entendem que o critério do “mesmo assunto”

---

<sup>253</sup> GHOURI, Ahmad Ali; Op. Cit. Nota 117; p. 250.

<sup>254</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; pp. 365 e 366.

<sup>255</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 130.

deva ser lido estritamente. Outros, com destaque a VIERDAG, entendem que o critério se aplica caso haja duas normas aplicáveis a um determinado caso e que tal aplicação simultânea resulte em incompatibilidade. RAMANUJAN comenta que o relatório, ao anunciar a arbitrariedade das classificações temáticas, recusa a opinião de aplicação estrita<sup>256</sup>. Observa-se que para a visão estrita, aplica-se o critério da posterioridade caso duas normas se dirijam diretamente a uma mesma situação – como, por exemplo, uma norma que diretamente proíba a adoção de restrições às importações de certo produto, a entrar em conflito com uma norma posterior que diretamente a permita; a visão ampla, por outro lado, entende como aplicável o critério caso, havendo uma obrigação contida em norma de tratado com objeto comercial e uma outra contida em tratado ambiental, se uma obrigação não puder ser cumprida conjunta e harmonicamente com a outra, as normas não se dirijam diretamente a uma mesma situação.

Porém, apesar das dificuldades apontadas, se até este ponto grande parte do texto do artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi tido, aos olhos do relatório, como incontroverso, seu parágrafo 4º apresenta dificuldades. Trata-se da situação em que não há identidade de partes nos tratados sucessivos e, de acordo com o relatório, sobre esta questão a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas se debruçou, mormente a respeito de duas questões: (1) se a incompatibilidade entre tratados deveria ser analisada em termos de ‘validade’ ou ‘prioridade’; (2) se haveria razão para destacar determinados conjuntos de tratados para estudá-los separadamente em razão de seu caráter especial. Houve consenso sobre o caráter imperativo de certos conteúdos, à guisa do artigo 103 da Carta das Nações Unidas<sup>257</sup>; igualmente, reconheceu-se a prevalência genérica – não absoluta – da norma posterior em caso de identidade entre as partes. Porém, houve opiniões controvertidas ao examinar o caso de não identidade entre partes, em suas duas diferentes possibilidades: caso nem todos os estados partes do tratado anterior ratifiquem o tratado posterior e caso os estados os quais ratificaram o tratado posterior não o fizeram ao tratado anterior<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> RAMANUJAN, Adarsh; *Conflicts over “Conflict”: Preventing Fragmentation of International Law*; Trade, Law and Development; Volume 1; nº 1; 2009; pp. 176 – 178.

<sup>257</sup> Artigo 103: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta, e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

<sup>258</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 131 e 132.

### 3.3. Norma anterior e posterior: validade ou prioridade?

LAUTERPACHT, como o relatório já indicara, manifestou sua opinião apoiando-se na perspectiva de validade normativa entre norma anterior e posterior e preferiu a norma anterior. Há, em sua visão, duas situações excepcionais: a nulidade do tratado posterior caso frustrasse seriamente o propósito do tratado anterior ou o interesse de suas partes; a possibilidade de o tratado posterior ser multilateral e assumir a característica de tratado-lei, afetando todos os membros da comunidade internacional. Neste último caso, haveria derrogação do tratado anterior, posto que tais tratados multilaterais seriam, para LAUTERPACHT, equivalentes à lei no direito doméstico<sup>259</sup>.

Já o segundo relator especial, FITZMAURICE, recusou a ideia de que a consequência do conflito entre tratados deva ser pensada em termos de validade jurídica. A questão dos tratados deveria, para ele, ser considerada em termos de prioridade, conferindo-a igualmente, aos tratados anteriores, com a diferença de que tal prioridade não acarretaria na invalidade do tratado posterior: resolver-se-iam eventuais litígios por meio de responsabilização frente à parte inocente. Na mesma linha de LAUTERPACHT, FITZMAURICE, ademais, entendia ser necessário levar em consideração tipos de obrigação mais absolutos, quais sejam, tipos “integrais” – cujo cumprimento se impõe independentemente de outras obrigações, como as desenvolvidas pelos direitos humanos e pelo direito humanitário – e “interdependentes” – cujo cumprimento depende da atuação de todas as partes<sup>260</sup>.

Por fim, o terceiro relator especial, WALDOCK, pensou a questão em termo de prioridade, salientando o dever de busca interpretativa pela coerência, com a diferença de que este não dispensou atenção à noção de tratados objetivos<sup>261</sup>. Esclarece RAMANUJAN que LAUTERPACHT pretendia formular a relação entre tratados sucessivos, de modo que o posterior fosse considerado inválido; WALDOCK, por sua vez, preferiu abordar a questão como meramente interpretativa<sup>262</sup>. A proposta de prioridade saiu-se vencedora neste debate.

---

<sup>259</sup> *Idem*; p. 132.

<sup>260</sup> *Ibidem*; p. 133.

<sup>261</sup> *Ibidem*; p. 134.

<sup>262</sup> RAMANUJAN, Adarsh; *Op. Cit.* Nota 256; pp. 176 – 178.

Por seu turno, com ceticismo em relação ao critério, GHOURI argumenta que, como a CVDT não disciplina a relação entre normas sucessivas em termos de validade – impondo a nulidade a um dos dois tratados –, resolve-se a questão a partir do “princípio da decisão política”<sup>263</sup>.

### 3.3.1. Princípio da decisão política?

Se da relação entre normas sucessivas não resulta a nulidade de uma obrigação frente à outra – sustenta GHOURI –, o cumprimento de uma ou outra obrigação ficará a cargo da decisão do estado, o qual arbitrariamente decidirá a partir de critérios de conveniência e oportunidade política. Esta faculdade que tem o estado, diz o autor, é frequentemente chamada de direito ou poder de eleição; politiza as relações jurídicas de modo a inviabilizar a aplicação de critérios de derogabilidade normativa e conferir ao direito internacional certa consistência<sup>264</sup>.

Precisamente por isso o critério das normas sucessivas não é capaz de solucionar os problemas decorrentes da fragmentação do direito internacional. O cumprimento de obrigações conflitantes contidas em tratados sucessivos, segundo entende GHOURI, depende da conveniência política do estado responsável pelo cumprimento da obrigação, já que a conclusão de nova obrigação não impõe automaticamente a nulidade de outra anterior, ou mesmo a nova obrigação não é automaticamente derogada frente à última. Essa problema de a relação entre normas sucessivas não ser tida como questão de validade jurídica é associado a outros que causam ao autor descrença sobre a capacidade do critério da posterioridade em produzir a desejada coerência sistêmica no direito internacional público, como a já explicitada questão de haver uma dificuldade em identificar o que sejam tratados os quais versam sobre o “mesmo assunto” em um contexto no qual os instrumentos jurídicos são produzidos dentro de conjuntos temáticos dispersos.

Nota-se, assim, que a capacidade das normas que regulam a relação entre normas sucessivas produzirem a coerência do direito internacional é objeto de controvérsia.

---

<sup>263</sup> GHOURI, Ahmad Ali; Op. Cit. Nota 117; p. 255.

<sup>264</sup> Idem; p. 256.

### 3.4. Cláusulas especiais que tratam da relação entre tratados.

Após análise das possíveis interpretações ao artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o relatório passa a estudar as cláusulas que tratam de conflito normativo. Este levanta os seguintes tipos de cláusula: (1) cláusulas que proíbem a formulação de novas normas as quais sejam incompatíveis com o tratado no qual a cláusula fora inserida, correspondendo a uma exceção ao critério da posterioridade; (2) cláusulas que importem permissão de novas normas sobre o objeto do tratado, desde que com este compatíveis; (3) cláusulas contidas no novo tratado as quais dizem não afetar outros tratados; (4) cláusulas inclusas no tratado posterior contendo expressa derrogação aos dispositivos de tratado anterior somente entre as partes do último, correspondendo a uma derrogação por instrumentos bilaterais; (5) cláusulas que ab-rogam expressamente o tratado anterior; (6) cláusulas inclusas no tratado posterior que proclamam compatibilidade com um tratado anterior determinado; (7) cláusulas que estabelecem a ab-rogação de tratado anterior por eventual tratado posterior<sup>265</sup>. Para Anthony AUST, diante da dificuldade inerente à relação entre normas, há muita pertinência na inclusão das referidas cláusulas em um tratado, por ser melhor prevenir do que remediar. É certo que as próprias cláusulas terão dificuldades interpretativas, sobretudo quando o conflito se der entre tratados pertencentes a organizações internacionais diferentes (regimes?); ainda assim as referidas cláusulas são melhores do que nada<sup>266</sup>.

Embora o relatório entenda que essas normas são úteis e permitidas pelo direito internacional público, estas não podem pretender substituir normas de caráter imperativo e princípios hierarquicamente superiores. Além disso, tais cláusulas podem ser obscuras, como, segundo o exemplo dado pelo relatório, é o caso do artigo 22 da Convenção da

---

<sup>265</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; p. 135 – 137.

<sup>266</sup> AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 146; p. 218.

Diversidade Biológica de 1992<sup>267</sup>; diz o relatório, que o referido dispositivo não esclarece o que está sendo sobreposto<sup>268</sup>.

Também a discussão a respeito das cláusulas que tratam de conflito normativo, *pari passu* ao artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, encontra dificuldades oriundas da organização do direito internacional em regimes temáticos ou territoriais. Sob a afirmação de que a questão das normas sucessivas não pode ser exclusivamente pensada em termos de cronologia, o relatório afirma haver o tipo de cláusula que firma norma de solução de conflito normativo em termos de validade e outras em termos de coordenação. No caso de as referidas cláusulas não se inserirem em um regime há um problema geral: a aplicação das referidas cláusulas dependerá de uma visão de interseção entre os regimes em conflito. Foi, nas palavras do relatório, o que aconteceu nas negociações preparatórias ao Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança à Convenção da Diversidade Biológica de 2000, cujos debates colocaram em relevo a relação entre as obrigações nele estabelecidas e as obrigações firmadas nos acordos da OMC. Também nesta linha, o preâmbulo do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura de 2002 estabelece que suas disposições não devem ser interpretadas como sendo modificações às obrigações anteriormente assumidas pelas partes. Nos casos destas previsões, não há, segundo o relatório, uma orientação precisa sobre como solucionar eventuais conflitos normativos, embora haja, nelas, um reconhecimento da possibilidade de o conflito ocorrer<sup>269</sup>.

É certo que há, como admite o relatório, nessas cláusulas um importante apelo à interpretação harmônica, ao proclamar que entre instrumentos deve ter “apoio mútuo”<sup>270</sup>. Ocorre que tal providência parece ser de fácil aplicação quando ambos os instrumentos constam de um mesmo regime, ao que, por outro lado, tal harmonização parece de difícil operacionalização quando diante de instrumentos pertencentes a diferentes regimes, porque há colisão entre os objetivos dos regimes<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> Artigo 22 (Relação com Outras Convenções Internacionais): “1. As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica. 2. As Partes Contratantes devem implementar esta Convenção, no que se refere e ao meio ambiente marinho, em conformidade com os direitos e obrigações dos Estados decorrentes do Direito do Mar”.

<sup>268</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; p. 137.

<sup>269</sup> *Idem*; p. 138 – 140.

<sup>270</sup> Referência ao Protocolo sobre Biossegurança.

<sup>271</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; *Op. Cit.* Nota 9; p. 141.

Neste ponto, o relatório parece esclarecer que, no contexto de organização normativa em regimes, a colisão ocorre não somente entre normas, mas entre os objetivos dos diferentes regimes. A perspectiva de um regime que visa estabelecer um sistema de livre-comércio é contrastante com a perspectiva de um conjunto de normas que visa assegurar proteção ambiental. Aliás, esta é a razão pela qual Ralf MICHAELS e Joost PAUWELYN passaram a defender que essas relações todas são intersistêmicas e não intrasistêmicas.

Comenta o relatório que grande parte das cláusulas que tratam de conflito normativo na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 abstém-se de estabelecer rigorosas prioridades, a fim de favorecer a regulação específica. No entanto, a compatibilidade tratada no artigo 311 (2)<sup>272</sup> é aberta. A Convenção confere às partes amplo poder para estabelecimento de novos acordos que se relacionem com seu objeto, desde que não afronte seus princípios fundamentais ou os direitos e obrigações das partes, embora haja ampla margem de interpretação do que sejam os direitos e obrigações das partes. Há, segundo o relatório, uma fraqueza no ideal de ‘apoio mútuo’, consistente em sua indefinição; há uma transferência do problema a quem for aplicar as cláusulas sobre o conflito normativo, o que se complica ainda mais caso se esteja diante de regimes diferentes. E tal indefinição arrisca um viés estrutural<sup>273</sup>.

O Tratado da Comunidade Europeia contém, em seu artigo 307, uma disposição referente ao conflito normativo<sup>274</sup>. O dispositivo confere prioridade aos acordos concluídos

---

<sup>272</sup> Artigo 311 (Relação com outras convenções e acordos internacionais): “1. A presente Convenção prevalece, nas relações entre os Estados Partes, sobre as Convenções de Genebra sobre o Direito do Mar de 29 de abril de 1958. 2. A presente Convenção não modifica os direitos e as obrigações dos Estados Partes resultantes de outros acordos compatíveis com a presente Convenção e que não afetam o gozo por outros Estados Partes dos seus direitos nem o cumprimento das suas obrigações nos termos da mesma Convenção. 3. Dois ou mais Estados Partes podem concluir acordos, aplicáveis unicamente às suas relações entre si, que modifiquem as disposições da presente Convenção ou suspendam a sua aplicação, desde que tais acordos não se relacionem com nenhuma disposição cuja derrogação seja incompatível com a realização efetiva do objeto e fins da presente Convenção e, desde que tais acordos não afetem a aplicação dos princípios fundamentais nela enunciados e que as disposições de tais acordos não afetem o gozo por outro Estado Parte dos seus direitos ou o cumprimento das suas obrigações nos termos da mesma Convenção. 4. Os Estados Partes que pretendam concluir um acordo dos referidos no parágrafo 3º devem notificar os demais Estados Partes, por intermédio do depositário da presente Convenção, da sua intenção de concluir o acordo bem como da modificação ou suspensão que tal acordo preveja. 5. O presente artigo não afeta os acordos internacionais expressamente autorizados ou salvaguardados por outros artigos da presente Convenção. 6. Os Estados Partes convêm em que não podem ser feitas emendas ao princípio fundamental relativo ao patrimônio comum da humanidade estabelecido no artigo 136 e em que não serão partes em nenhum acordo que derogue esse princípio.

<sup>273</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; pp. 142 e 143.

<sup>274</sup> Artigo 307: “As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro. Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com o presente Tratado, o Estado-Membro ou os Estados-Membros em causa recorrem a todos os meios adequados para eliminar as

com terceiros anteriormente à ratificação do Tratado e reclama que os estados-partes tomem iniciativas conciliatórias, não se admitindo sua aplicação para acordos concluídos posteriormente à sua ratificação<sup>275</sup>.

Por fim, a análise do relatório a respeito das cláusulas especiais sobre conflito normativo se encerra com o exame das cláusulas de desconexão (“disconnection clauses”), cujo núcleo se encontra bem expressado, na visão do relatório, no artigo 27 da Convenção de Assistência Administrativa Mútua em Matéria Tributárias de 1988<sup>276</sup>. As cláusulas de desconexão podem contemplar o tratado inteiro ou apenas parte<sup>277</sup>. São cláusulas geralmente inseridas em tratados multilaterais que viabilizam acordos *inter se* para modificação do tratado original.

O relatório argumenta que a classificação de tais cláusulas frente à CVDT é difícil e que sua proliferação apresenta um problema à coerência do tratado original, visto que o artigo 30 (2) determina a prevalência de um tratado caso o outro disponha que deve ser lido de forma compatível com o primeiro. Elas parecem ser, ao relatório, como cláusulas as quais regulam possíveis conflitos entre o direito comunitário e tratados. No entanto, este enxerga como perturbador o fato de permitirem que o direito comunitário seja sujeito a mudanças por apenas algumas partes. Nas discussões da CDI relativamente ao direito dos tratados, disse o presidente da mesa que cláusulas pactuadas bilateralmente modificando os tratados, embora permitidas, não poderiam ser ilimitadas ao ponto de afetar o propósito do tratado; porque, do contrário, haveria a possibilidade minar o regime original<sup>278</sup>.

Cumprе lembrar que na 57ª sessão da CDI, as cláusulas de desconexão foram tratadas na discussão sobre regionalismo.

---

incompatibilidades verificadas. Caso seja necessário, os Estados-Membros auxiliam-se mutuamente para atingir essa finalidade, adoptando, se for caso disso, uma atitude comum. Ao aplicar as convenções referidas no primeiro parágrafo, os Estados-Membros têm em conta o fato de que as vantagens concedidas no presente Tratado por cada um dos Estados-Membros fazem parte integrante do estabelecimento da Comunidade, estando, por conseguinte, inseparavelmente ligadas à criação de instituições comuns, à atribuição de competências em seu favor e à concessão das mesmas vantagens por todos os outros Estados-Membros”.

<sup>275</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 144 - 147.

<sup>276</sup> Artigo 27 (Outros Acordos Internacionais): “1. As possibilidades de assistência previstas nos termos do disposto na presente Convenção não limitarão, nem serão limitadas pelas que decorram dos acordos internacionais celebrados ou que venham a ser celebrados entre as Partes interessadas ou de quaisquer outros instrumentos que respeitem à cooperação em matéria fiscal. 2. Não obstante o disposto no número 1, as Partes que sejam Estados Membros da União Europeia podem aplicar, nas suas relações recíprocas, as modalidades de assistência previstas na Convenção, na medida em que estas permitam uma cooperação mais ampla do que as previstas pelo regime aplicável à União Europeia.

<sup>277</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 147 e 148.

<sup>278</sup> Idem; pp. 149 e 151.

Pelo que se apurou, o estudo do relatório sobre cláusulas especiais de conflito normativo não produziu grande impacto na literatura sobre fragmentação e coerência sistêmica. Cabe assinalar, somente, que MICHAELS e PAUWELYN veem o artigo 103 da Carta das Nações Unidas como um sinal de não neutralidade entre sistemas, à semelhança do artigo XXIV do GATT<sup>279</sup> e do artigo 103 do NAFTA<sup>280</sup>. Os autores procuram demonstrar, assim, que todos os corpos jurídicos tematicamente organizados buscam se autodescrever como superiores aos demais<sup>281</sup>. Como se os diversos subsistemas se autopromovessem como autoridades superiores em seus domínios específicos, e por isso a Carta das Nações Unidas não se diferenciaria ao procurar reivindicar prioridade.

Para eles, portanto, as cláusulas especiais de conflito normativo, quando declaram a prevalência de seus instrumentos, sinalizam que todos os regimes procuram se autoproclamar como superiores em seus respectivos domínios.

### **3.5. Acordos ‘*inter se*’ que importam modificação de um tratado.**

Quando das discussões da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre direito dos tratados, houve forte preocupação sobre a possibilidade de acordos *inter se* modificarem o conteúdo de tratados multilaterais. Sustenta o relatório que a conclusão de acordos entre uma parcela limitada de membros de um tratado multilateral é uma prática antiga. Tais acordos não se voltam à derrogação do tratado multilateral, mas à sua implementação mais efetiva, atualização ou fortalecimento. Por isso, segundo o relatório, não há razões para impedi-los. Um exemplo do potencial de complementariedade entre o tratado multilateral e outros acordos é fornecido pelo Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares de 1968, cujo artigo 7º<sup>282</sup> efetivamente incentivou que as disposições do Tratado fossem reforçadas no plano regional<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> Ver Nota 214.

<sup>280</sup> Artigo 103 (Relation to Other Agreements): “1. The Parties affirm their existing rights and obligations with respect to each other under the *General Agreement on Tariffs and Trade* and other agreements to which such Parties are party. 2. In the event of any inconsistency between this Agreement and such other agreements, this Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency, except as otherwise provided in this Agreement”.

<sup>281</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; p. 368.

<sup>282</sup> Artigo 7º: “Nenhuma cláusula deste Tratado afeta o direito de qualquer grupo de Estados de concluir tratados regionais para assegurar a ausência total de armas nucleares em seus respectivos territórios”.

<sup>283</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; p. 152 – 154.

Tais acordos, diz o relatório, originam dois tipos de relação: relações gerais aplicáveis a todos os membros de um tratado multilateral e relações especiais entre estados que firmaram um acordo *inter se*. Essa situação não é ocasionada somente pelos acordos, mas também se observa na questão das reservas aos tratados e caso as revisões e emendas a determinados tratados sejam aderidos somente por algumas partes do tratado original<sup>284</sup>.

Os acordos *inter se* constituem regimes especiais entre certas partes de um tratado. O tratado original deve permiti-los ou proibi-los e, diante de sua omissão, sua permissibilidade será avaliada de acordo com o artigo 41 da CVDT, entendendo-se por válidos caso não afetem interesses de terceiros e nem fulminem o propósito do tratado original. Como a aplicabilidade de tais acordos se restringe às suas partes, às demais partes se aplicam as disposições do tratado original como se o acordo não existisse. Sobre a segunda condição, o relatório aponta que a noção de incompatibilidade foi fortemente influenciada pelo *Parecer Consultivo a Respeito de Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de*

---

<sup>284</sup> Idem; pp. 155 e 156.

*Genocídio*”, apreciado pela Corte Internacional de Justiça em 1951 e inspirou os artigos 18<sup>285</sup>, 19<sup>286</sup>, 31<sup>287</sup>, 41<sup>288</sup>, 58<sup>289</sup> e 60<sup>290</sup> da CVDT<sup>291</sup>.

Nos debates da CDI sobre o direito dos tratados, fez-se distinção entre obrigações recíprocas e obrigações não-recíprocas, buscando distinguir obrigações as quais importam meramente à relação bilateral e outras cujo interesse extrapola a esfera bilateral. Nos casos em que há afetação de interesses de outras partes, reputa-se o acordo *inter se* como contrário ao objeto e finalidade do tratado original. As obrigações não-recíprocas foram compreendidas como “absolutas”, “integrais” ou “interdependentes”, embora tais denominações não tenham sido incluídas no texto do artigo 41 da CVDT. Porém, a ideia de que certos tratados possuem caráter especial em relação a outros influenciou a discussão e

---

<sup>285</sup> Artigo 18 (Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor): “Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver sido assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte do tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada”.

<sup>286</sup> Artigo 19 (Formulação de Reservas): “Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

<sup>287</sup> Transcrito na nota 188.

<sup>288</sup> Transcrito na nota 233.

<sup>289</sup> Artigo 58 (Suspensão da Execução de Tratado Multilateral por Acordo apenas entre Algumas das Partes): “1. Duas ou mais partes num tratado multilateral podem concluir um acordo para suspender temporariamente, e somente entre si, a execução das disposições de um tratado se: a) a possibilidade de tal suspensão estiver prevista pelo tratado; ou b) essa suspensão não for proibida pelo tratado e: i) não prejudicar o gozo, pelas outras partes, dos seus direitos decorrentes do tratado nem o cumprimento de suas obrigações; ii) não for incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. 2. Salvo se, num caso previsto no parágrafo 1º, a), o tratado dispuser diversamente, as partes em questão notificarão às outras partes sua intenção de concluir o acordo e as disposições do tratado cuja execução pretendem suspender”.

<sup>290</sup> Artigo 60 (Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Consequência de sua Violação): “1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte. 2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza: a) as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, quer: i) nas relações entre elas e o Estado faltoso; ii) entre todas as partes; b) uma parte especialmente prejudicada pela violação a invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso; c) qualquer parte que não seja o Estado faltoso a invocar a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o tratado for de tal natureza que um violação substancial de suas disposições por parte modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações decorrentes do tratado. 3. Uma violação substancial de um tratado, para os fins deste artigo, consiste: a) numa rejeição do tratado não sancionada pela presente Convenção; ou b) na violação de uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado. 4. Os parágrafos anteriores não prejudicam qualquer disposição do tratado aplicável em caso de violação. 5. Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana, contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.

<sup>291</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 156 – 159.

foi corporificada nos mencionados dispositivos da Convenção, ao exemplo do artigo 60 (2) (c)<sup>292</sup>.

Anthony AUST comenta a não distinção genérica entre tratados bilaterais e multilaterais na CVDT, e não ser por alguns poucos dispositivos<sup>293</sup>. É clara nas discussões sobre direito dos tratados a característica dispositiva de grande parte do direito internacional, a qual coloca em igual condição jurídica conteúdos normativos de alta profusão e conteúdos negociados e formalizados em tratados envolvendo dois ou poucos estados. No entanto, o autor não faz tal observação em atenção a unidade do direito internacional ou sua coerência sistêmica.

Apesar da CVDT não fazer, de um modo geral, distinção entre tratados multilaterais e bilaterais, de modo que não esteja clara a prevalência dos primeiros, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares são tidas, pelo relatório, como exemplos de obrigações essencialmente recíprocas, ao que o Tratado do Desarmamento é exemplo de obrigação interdependente. A despeito da distinção, diz o relatório, a questão da incompatibilidade permanece<sup>294</sup>. Tomando parte na obra coletiva sobre não proliferação, publicada em 2012 pela Universidade de Cambridge, Malgosia FITZMAURICE e Panos MERKOURIS também lembram a distinção de Gerald FITZMAURICE sobre obrigações recíprocas e não-recíprocas, sendo estas últimas obrigações interdependentes – aquelas que dependem da participação de todas as partes – ou “absolutas” e “integrais” – obrigações que subsistem mesmo diante do descumprimento de outras partes. Gerald FITZMAURICE tivera normas de desarmamento como representativas de obrigações interdependentes<sup>295</sup>. Porém, ao que introdutoriamente, nesta obra, expandiu-se o sentido de regimes a contemplar normas de modificação, aplicação e interpretação, FITZMAURICE e MERKOURIS discutem se a não-proliferação de armas de destruição em massa corresponde a um regime especial ao ponto de a CVDT não se aplicar no tocante a emendas e modificações a tratados, inclusive indicando o caráter residual conferido aos

---

<sup>292</sup> Idem; p. 160. Por seu turno, segundo aponta o relatório, há referência ao que se compreendeu por “obrigações interdependentes” no artigo 42 (b)(ii) do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados.

<sup>293</sup> “The convention does not distinguish between bilateral or multilateral treaties. Article 60 (1) is the only provision limited to bilateral treaties. Articles 40, 41, 59 and 60 refer expressly to multilateral treaties, and the provisions on reservations and on depositaries are relevant only to multilateral treaties (AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 147; pp. 10 e 11).

<sup>294</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 161.

<sup>295</sup> JOYNER, Daniel H.; ROSCINI, Marco (Ed.); Non-Proliferation Law As a Special Regime: a Contribution to Fragmentation Theory in International Law; Cambridge University Press; 2012; pp. 24 e 25.

artigos 39 a 41 nos debates da CDI os quais culminaram na formulação da CVDT, caráter este que confere ampla flexibilidade aos estados para alterarem as normas previstas na CVDT sobre o assunto. No entanto, os autores concluem que as normas sobre modificação e emendas nos tratados de não-proliferação não contam com sistematicidade e coerência que lhes permitam dizer se constituem um regime especial<sup>296</sup>. De todo modo, a indagação acerca da possibilidade de os regimes especiais formularem normas próprias sobre os conteúdos da CVDT, derrogando-os, parece impor um problema adicional ao debate o qual não foi tratado pelo relatório.

Embora haja tratados que expressamente incluem uma norma sobre como se relacionam com outros tratados, como é o caso da previsão de primazia sobre eventuais acordos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, propriamente em seu artigo 311 (6)<sup>297</sup>, o relatório sustenta que geralmente os tratados silenciam sobre a questão<sup>298</sup>.

Entretanto, um problema identificado pelo relatório é que o artigo 41 da CVDT deixa duas questões abertas: em primeiro lugar, não há precisão sobre o efeito jurídico a ser operado caso o acordo *inter se* seja uma violação ao tratado original; em segundo, o dispositivo não esclarece o efeito jurídico de uma objeção feita por um estado o qual tenha recebido uma notificação sobre a intenção de duas ou mais partes de um tratado firmarem um acordo *inter se*<sup>299</sup>. O relatório não aborda questões relativas a produção de normas contrárias à CVDT.

Na obra coletiva brasileira *Direito dos Tratados – Comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)*, organizada por Aziz Tuffi SALIBA, o relatório é empregado, nos comentários ao artigo 41 da CVDT, o qual trata da modificação de tratados por acordos *inter se*, para esclarecimento da distinção entre obrigações recíprocas e não-recíprocas, bem como para aduzir que o objeto e finalidade de um tratado é mais facilmente frustrado no segundo caso<sup>300</sup>. Os argumentos do relatório são empregados para esclarecimento das diferenças entre obrigações, a tratar de propensão à violação do artigo 41 da CVDT caso a obrigação seja não-recíproca.

---

<sup>296</sup> Idem; pp. 17 – 54.

<sup>297</sup> Transcrito na nota 272.

<sup>298</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 162.

<sup>299</sup> Idem; pp. 164 e 165.

<sup>300</sup> SALIBA, Aziz Tuffi (org.); *Direito dos Tratados – Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*; Editora Arraes; Belo Horizonte –MG (2011); p. 301.

### 3.6. A conclusão do relatório sobre normas sucessivas e fragmentação.

Conclui o relatório que o critério da posterioridade depende da análise da intenção das partes e da análise do objeto e finalidade dos tratados, não havendo automática preferência. Entre normas sucessivas, não há um critério de validade senão uma relativa prevalência. Porém, não há na CVDT um critério claro de prioridade<sup>301</sup>.

A despeito da falta de clareza apontada, o relatório afirma que os debates da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas possibilitaram a imposição de certos limites aos acordos *inter se* e às cláusulas de desconexão, consagrados posteriormente na CVDT. Argumenta, também, que grande parte do direito internacional autoriza a elaboração de regulações *ad hoc*, de modo que a perspectiva da coordenação é extremamente atrativa, sobretudo quando os instrumentos em questão compõem o mesmo regime; quando estes não fazem parte de um regime, a coordenação – e o próprio critério da posterioridade – é problemática. Caso o conflito se estabeleça envolvendo instrumentos pertencentes a diferentes regimes, o relatório recomenda o recurso a órgãos de soluções de controvérsias gerais<sup>302</sup>.

A análise sobre o critério da posterioridade e sobre a relação entre normas sucessivas impacta relativamente no estudo sobre a CVDT. Na obra brasileira acima citada, o relatório não foi mencionado no comentário ao artigo 30. O comentário ao artigo 41 fez, por outro lado, menção direta ao relatório para tratar de obrigações recíprocas e não-recíprocas<sup>303</sup>.

Por outro lado, seu estudo produz certo impacto em opiniões sobre se as normas da CVDT são capazes de solucionar os problemas de coerência sistêmica do direito internacional. Diante do ceticismo na capacidade das previsões da CVDT em solucionar conflitos normativos, GHOURI aposta na caracterização de tratados como meio viável de se analisar a relação entre normas. Se os critérios de derogabilidade normativa não funcionam no direito internacional – e muito menos relegar o cumprimento e o descumprimento de obrigações ao sabor do poder e da conveniência política parece uma boa opção -, pode-se distinguir tratados entre, por exemplo, tratados contratuais ou legislativos. O autor defende que os tratados podem, então, ser caracterizados em função de seu “assunto”, do número de

---

<sup>301</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 165.

<sup>302</sup> Idem; p. 166.

<sup>303</sup> SALIBA, Aziz Tuffi (org.); Op. Cit. Nota 300.

partes envolvidas e em razão de seu objeto e propósito: caracterizar em razão do assunto não resolve conflitos normativos porque a compartimentação por nomenclaturas ocasiona o mesmo problema dos chamados regimes autônomos, e a caracterização pelo número de partes tampouco parece oferecer uma solução conclusiva. A terceira categoria – identificando-se obrigações mais importantes em tratados de caráter universal e constitucional -, teria condição de resolver tais conflitos<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> GHOURI, Ahmad Ali; Op. Cit. Nota 117; pp. 257 - 280.

## **CAPÍTULO IV – *JUS COGENS*, CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.**

Os sistemas jurídicos domésticos têm como característica uma hierarquização normativa bem definida, constituindo um critério topológico de soluções de conflitos normativos: certas normas têm caráter superior e, por isso, só podem ser derogadas caso a norma derogadora possua o mesmo status normativo. Caso esta norma superveniente possua o mesmo status, operam-se os dois outros critérios: lógico e cronológico.

A hierarquização normativa, desta forma, confere consistência e coerência sistêmica ao direito. O direito internacional também possui normas de caráter prioritário: normas imperativas (*jus cogens*) e obrigações vinculantes em relação a todos os membros da sociedade internacional (*erga omnes*). Como será indicado, para além dessas categorias normativas, há normas que desfrutam de relativa prioridade mesmo não sendo expressão de *jus cogens*, como entende o relatório da CDI e a seguir se explorará.

O relatório da Comissão de Direito Internacional argumenta, no entanto, que a natureza horizontal do direito internacional faz emergir grande parte das preocupações a respeito da fragmentação do direito internacional<sup>305</sup>. Defende, igualmente, que há critérios de soluções de conflitos normativos mais importantes do que outros – o critério topológico seria superior aos critérios lógico e cronológico, tendo em vista que lograria garantir a proteção de interesses vitais à sociedade internacional. Embora haja amplo consenso de que há considerações na sociedade internacional às quais é atribuída maior importância, como esta noção de importância deva ser articulada sempre foi objeto de ampla controvérsia<sup>306</sup>.

Se a afirmação histórica do *jus cogens* suscita elaborações teóricas a respeito do possível processo de “constitucionalização” em curso no direito internacional, o relatório afirma não ser seu objetivo tecer considerações sobre esta questão, mas indicar que sempre houve o reconhecimento de normas de caráter superior no direito internacional, a lembrar dos significativos casos julgados pela Corte Internacional de Justiça, quais sejam, o caso do

---

<sup>305</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 166.

<sup>306</sup> Idem; p. 167.

*Estreito de Corfu* de 1949, no qual se entendeu haver limitações à soberania estatal em nome de princípios fundamentais da humanidade<sup>307</sup>, e o *Parecer Consultivo sobre a Licitude da Ameaça ou o Uso de Armas Nucleares* de 1996<sup>308</sup>, no qual se proclamou haver princípios invioláveis do costume internacional<sup>309</sup>.

O presente capítulo buscará esclarecer as noções esposadas no relatório a respeito das normas superiores em direito internacional, identificará a importância da questão à discussão sobre a fragmentação do direito internacional e confrontará com outros pontos de vistas sobre o tema, a fim de avaliar o conteúdo do relatório, a atualidade de suas impressões e os impactos que causou no estudo do direito internacional.

#### 4.1. Normas superiores: *jus cogens* e a Carta das Nações Unidas.

Conforme aponta o relatório, havia no Pacto da Liga das Nações um senso de que este constituía uma norma de caráter superior, expresso em seu artigo 20<sup>310</sup>. Trata-se, segundo diz o relatório, de um embrião ao artigo 103<sup>311</sup> da Carta das Nações Unidas<sup>312</sup>.

O dispositivo em questão da Carta das Nações Unidas estabelece a prevalência das obrigações previstas no diploma sobre quaisquer outras previstas em virtude de outro

---

<sup>307</sup> O caso envolveu o Reino Unido e a República da Albânia em litígio decorrente da explosão de minas depositadas no Estreito Corfu, causando danos e mortes a oficiais britânicos. Acusou-se a Albânia de, se não fora a própria quem instalara o campo minado, ter ciência de que as referidas minas se encontravam em suas águas territoriais; e a ausência de notificação a seu respeito violaria a Convenção de Haia de 1907. Em sua defesa, o Governo da Albânia argumentou não ter sido provado que tenha este depositado a mina, assim como não ficou provado que este tivera ciência de sua existência. Na incerteza e ausência de provas sobre se fora o governo da Albânia quem depositara as ditas minas, considerando, porém, que o referido território é de controle exclusivo da Albânia, ao constatar a provável ciência da Albânia sobre elas e a ampla possibilidade de as minas serem vistas, bem como ao salientar que embora a Convenção de Haia de 1907 se aplique em tempos de guerra há por trás do caso princípios gerais e reconhecidamente elementares à humanidade, assim como a liberdade da comunicação marítima e o impedimento de o estado usar seu território de forma a violar direitos de outros estados, e ainda, diante da alegação de que o Reino Unido violara a soberania da Albânia ao navegar sobre suas águas, afirmando o direito de passagem inocente (mesmo que os navios fossem militares) em tempos de paz, e definindo, para tanto, o conceito de estreito internacional; a Corte considerou a República da Albânia responsável pelos incidentes.

<sup>308</sup> Ver nota 132.

<sup>309</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 167.

<sup>310</sup> Artigo 20: “Os membros da Sociedade reconhecem, cada um no que o concerne, que o presente Pacto abroga as obrigações ou acordos inter se se incompatíveis com seus termos e comprometem-se solenemente a não contrair semelhantes acordos ou obrigações para o futuro. Se antes de sua entrada na Sociedade, um membro assumiu obrigações incompatíveis com os termos do Pacto, deverá tomar medidas imediatas para delas se libertar”.

<sup>311</sup> Transcrito na nota 257.

<sup>312</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 168.

instrumento. Tem-se, assim, que a Carta não diz ser ela própria prevalente, mas as obrigações nela fixadas. O relatório argumenta, ademais, que a prevalência não se restringe aos direitos e obrigações estabelecidos na Carta, mas abrange as decisões vinculantes dos órgãos das Nações Unidas, sobretudo as que emanam do Conselho de Segurança, desde que não exorbitem seus poderes institucionais (*ultra vires*)<sup>313</sup>. Esta é a posição de CALTI, a qual analisa a relação entre direitos humanos e direito humanitário, advertindo que se o Conselho de Segurança aprovar resolução contrária ao direito humanitário, aquela terá prevalência sobre este<sup>314</sup>.

Porém, o relatório questiona: qual o efeito jurídico quando da superveniência de uma norma incompatível com as obrigações previstas na Carta das Nações Unidas? À semelhança da linha desenvolvida sobre as normas sucessivas, o relatório argumenta que a solução se dá em termos de prioridade, não de validade. Há, entretanto, uma pequena corrente que atribui ao dispositivo força maior, de modo que a relação entre as obrigações assumidas em virtude da Carta e outras obrigações se dê em termos de validade, por enxergar na Carta das Nações Unidas caráter constitucional. A fim de solucionar o impasse, o relatório argumenta que a expressão “prevaler” não denota gramaticalmente invalidade, nulidade ou suspensão<sup>315</sup>.

O artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados faz menção ao artigo 130 da Carta das Nações Unidas. Segundo opina o relatório, não há nulidade automática de um tratado, apesar da prevalência da Carta das Nações Unidas. Este também afirma que a referida prevalência é diferente daquela estabelecida pelo *jus cogens*, cujos conflitos, estes sim, acarretariam em nulidade e terminação das disposições que o confrontem<sup>316</sup>.

Como já apontado, MICHAELS e PAUWELYN veem no artigo 103 da Carta das Nações Unidas um sinal de não neutralidade entre sistemas, e a referida prevalência também

---

<sup>313</sup> Idem; pp. 169 – 170.

<sup>314</sup> CALTI, Melissa Zekiye; Op. Cit. Nota 204; p. 5.

<sup>315</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 170. A superioridade das determinações do Conselho de Segurança fora afirmada, segundo o relatório, no caso “*The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*”, apreciado pela Suprema Corte de Justiça do Reino Unido em 2005, sobre os direitos humanos britânicos. A detenção a qual foi objetada no caso fora entendida como uma medida voltada à garantia dos direitos humanos amparada pelas diretrizes do Conselho sobre segurança internacional. O caso não envolveu discussões a respeito do caráter *jus cogens* das normas levantadas, embora tenha havido uma noção de hierarquia normativa ao se mencionar os imperativos da segurança e da paz. Ademais, afirmou-se que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas se estende às resoluções do Conselho de Segurança. Sobre o caso em questão, ver: MILANOVIC, Marko; *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?*; *Duke Journal of Comparative & International Law*; Vol. 20; nº 1; 2009 e MIKO, Samantha A.; *Norm Conflict, Fragmentation, and the European Court of Human Rights*; *Boston College Law School Review* (1351); 2013.

<sup>316</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 173.

é afirmada por outros instrumentos adstritos tematicamente. Como contraponto, Anthony AUST estuda o dispositivo analisando o tema de previsões expressas que cuidem do relacionamento entre normas. Para ele, o artigo 103 da Carta das Nações Unidas expressa o caráter inigualavelmente universal da Organização sobre seus objetivos e poderes. O autor sustenta que não seria possível adotar outra previsão com igual extensão de efeitos a qual possui a Carta das Nações Unidas e que contém uma oportuna e significativa referência pelo artigo 30 da CVDT<sup>317</sup>. Por isso, o artigo 103 da Carta das Nações Unidas é inigualável. Neste sentido, MILANOVIC, também, enfatiza a singularidade do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, ao apontar a não aplicação, por exemplo, do artigo 30 da CVDT caso entre membros das Nações Unidas se conclua um tratado no qual se estabeleça normas conflitantes com a Carta, em função de sua prioridade<sup>318</sup>.

#### **4.2. A discussão do relatório sobre normas conflitantes com a Carta das Nações Unidas.**

Ao tratar de especiais situações de conflitos normativos com a Carta das Nações Unidas, o relatório passa a considerar eventual conflito de tratados entre membros e não-membros das Nações Unidas. Esta situação é vista como fonte de dificuldades, pelo relatório, já que o artigo 103 da Carta não formula diretrizes sobre obrigações firmadas entre membros e não-membros. Certamente, a dificuldade em questão inexistente aos que entendem que a Carta das Nações Unidas tem caráter constitucional, uma vez que, como tal, quaisquer obrigações incompatíveis a ela seriam, independentemente das partes envolvidas, nulas. Os que não desenvolvem suas perspectivas de direito internacional sob o entendimento de que a Carta tenha este caráter objetam que estados não podem estar vinculados a obrigações que remanescem *res inter alios acta*<sup>319</sup>.

Outra situação especial é o conflito entre o costume internacional e outras normas não peremptórias. De acordo com o relatório, o artigo 103 da Carta, ao proclamar sua prevalência sobre quaisquer outros acordos internacionais, a despeito de em seu projeto ter havido

---

<sup>317</sup> AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 147; pp. 219 e 220.

<sup>318</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota 315; pp. 76 e 77.

<sup>319</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 174. O relatório dialoga, neste ponto, com os entendimentos de BERNHARDT, FASSBENDER, bem como de GOODRICH e HAMBRO.

sugestão de abranger qualquer obrigação decorrente de qualquer fonte de direito internacional, limita-a às normas convencionais. Novamente, aos que enxergam caráter constitucional na Carta, a prevalência alcança as normas desenvolvidas pelo costume internacional. A interpretação literal do dispositivo, por mais expansiva que seja, segundo argumenta o relatório, não alcançaria o costume. De todo modo, o relatório opina que a prevalência deve abranger as obrigações decorrentes do costume entre os membros das Nações Unidas<sup>320</sup>.

Um terceiro caso de dificuldade é o conflito com normas imperativas (*jus cogens*). Mesmo as normas da Carta das Nações Unidas, caso confrontem com as normas imperativas, são nulas, de acordo com o relatório. Também não podem as resoluções do Conselho de Segurança sobrepuja-las, muito embora estas sejam frequentemente acusadas de fazê-lo. Como observado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, este não estaria autorizado a passar julgamento sobre matéria regulada por resolução do Conselho de Segurança, independentemente do direito comunitário, a não ser que esta implique violação ao *jus cogens*<sup>321</sup>.

O relatório aponta que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas é frequentemente lembrado pelos órgãos da ONU, sobretudo pelo Conselho de Segurança por meio de suas resoluções, cujo exemplo mais notável seria a resolução 670 de 1990 pela menção direta ao dispositivo, mas por trás de outras tantas, segundo o relatório, seu conteúdo encontra-se implícito. Nota-se que frequentemente tais resoluções se dirigem a todos os estados, independentemente se membros do sistema ONU, bem como são vinculantes mesmo às organizações internacionais universais ou regionais<sup>322</sup>.

Sustenta Marko MILANOVIC, fazendo análise comparada com o critério da posterioridade, que o efeito do conflito entre obrigação oriunda da Carta das Nações Unidas ou de Resolução do Conselho de Segurança com outro tratado é a não responsabilidade por violação ao segundo. Isto é, supondo que três estados firmem um tratado de amizade e, posteriormente, dois deles concluam acordo *inter se* que conflite com o primeiro tratado, nenhum dos dois diplomas são automaticamente derogados e sobrevirá a responsabilidade do estado o qual descumprir qualquer deles. Por outro lado, caso o conflito se dê com uma

---

<sup>320</sup> Idem; pp. 175 e 176.

<sup>321</sup> Ibidem; pp. 176 – 178.

<sup>322</sup> Ibidem; pp. 178 e 179.

Resolução do Conselho de Segurança, os estados não serão responsabilizados pelo descumprimento da norma que disponha em contrário com ela<sup>323</sup>.

Em relação à sua aplicação pelos tribunais internacionais, segundo o relatório, anteriormente à 1992 houve apenas uma menção ao dispositivo pela Corte Internacional de Justiça, especificamente no *Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* em 1984<sup>324</sup>. No *Caso Lockerbie*, concluído em 1992 pela Corte<sup>325</sup>, houve

---

<sup>323</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota 315; p. 77.

<sup>324</sup> Caso processado e julgado perante a Corte Internacional de Justiça, em litígio envolvendo a República da Nicarágua e os Estados Unidos da América, em função de atividades militares e paramilitares na e contra a primeira, as quais, de acordo com a acusação nicaraguense, deve ter responsabilidade imputada aos Estados Unidos, visto que tais atividades corresponderiam a uma intervenção indevida nos assuntos internos da Nicarágua, violação de sua soberania, violação de sua integridade territorial e independência política. Acusou os Estados Unidos de criar um exército composto de mais de dez mil mercenários, instalados em bases militares em Honduras para fins de lhes oferecer treinamento militar, pagamento e suporte para realização das atividades, com vistas a desestabilizar o governo. Os Estados Unidos alegaram que a Corte não teria jurisdição sobre o caso, sustentando que o pleito seria inadmissível já que a Nicarágua não incluiu na demanda terceiros estados os quais possuem direitos e obrigações sobre o objeto da controvérsia, como Honduras; as práticas sobre as quais a Nicarágua reclamaria responsabilidade são de competência do Conselho de Segurança, ou seja, as atividades em questão são de competência de órgão com atribuição política; que a Corte não deve analisar questões que versam sobre segurança coletiva, cuja apreciação também é atribuída ao Conselho de Segurança; que a Corte não poderia julgar conflitos ainda em curso; e que a Nicarágua não teria exaurido todos os recursos antes de intentar o procedimento. Vez que os Estados Unidos se opuseram às medidas provisionais por frustrarem o processo de negociação encadeada pelo Grupo Contadora, a Corte fez, assim, referência ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas a fim de esclarecer que, a despeito de outras normas previstas em tratados regionais, estas estariam sujeitas a prevalência da Carta das Nações Unidas. No mérito, a Corte rejeitou o argumento de que as referidas atividades se justificariam por legítima defesa coletiva; que os Estados Unidos eram responsáveis pelo treinamento e amparo à milícia (contras); que houve violação ao costume internacional sobre o uso da força; que houve violação à soberania da Nicarágua; que houve ilegal interrupção do comércio marítimo pacífico; que houve violação ao Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre ambos os estados; que os Estados Unidos não advertiram sobre a existência de minas e, desta forma, violaram o costume internacional; porém, que os atos praticados pela milícia a partir de um manual de origem estadunidense não poderiam ser imputados aos Estados Unidos; que os Estados Unidos devem cessar e se abster de novas práticas semelhantes imediatamente; e que há um dever de reparação à Nicarágua.

<sup>325</sup> Trata-se do Caso sobre Questões de Aplicação e Interpretação da Convenção de Montreal de 1971 Resultantes do Incidente Aéreo em Lockerbie. Houve dois procedimentos no mesmo sentido, iniciados pela Líbia contra o Reino Unido, o primeiro, e contra os Estados Unidos da América, o segundo; em virtude do incidente havido em Lockerbie, no qual uma bomba fora instalada, explodiu uma aeronave no espaço aéreo de Lockerbie e, via de consequência, o Reino Unido e os Estados Unidos iniciaram procedimentos contra dois cidadãos líbios sem se prestar a cooperar com os procedimentos criminais deste estado e recusando a viabilidade de negociações. Salientou-se a inexistência de tratados prevendo extradição, e a autora reivindicou, à luz da Convenção, o reconhecimento de sua jurisdição sobre o caso, sem intervenção dos demais estados. O relatório faz referência ao procedimento em face dos Estados Unidos. Neste, os Estados Unidos alegaram que a Líbia não demonstrou que há uma disputa jurídica acerca da Convenção de Montreal e que esta estaria mesmo baseada no referido instrumento; a Líbia argumentou que este seria o único instrumento a regular a questão, que este é voltado a coibir este tipo de ação e que, em relação à Carta das Nações Unidas, a Convenção se aplicaria tanto como *lex specialis* como *lex posterior*. Contra tais alegações, sustentaram os Estados Unidos que a questão não era de relação bilateral, mas envolvia elementos de ameaça à paz e a segurança internacionais. Havia resoluções do Conselho de Segurança a respeito do caso, argumento contra o qual a Líbia sustentou que a resolução ganhou forma de mera recomendação. A Líbia argumentou, inclusive, que as resoluções 731 (1992), 748 (1992) e 883 (1993) não determinou a entrega de nacionais líbios aos Estados Unidos e ao Reino Unido. A Corte concordou que as resoluções são recomendatórias e rejeitou as objeções dos Estados Unidos. Mas recusou a tomada de medidas provisionais, porquanto havia medidas do Conselho de Segurança as quais são prevalentes em razão do artigo 103 da Carta das Nações Unidas. Ao final, ambas as

profunda análise do dispositivo. Por fim, aponta o relatório, que o juiz LAUTERPACHT, decidindo sobre medidas provisórias no *Caso Relativo à Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio*, apreciado pela Corte Internacional de Justiça em 1993, fez considerações a respeito da relação entre as resoluções do Conselho de Segurança e *jus cogens*, entendendo que, apesar da prevalência das resoluções em relação ao costume e tratados internacional sob a inteligência do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, as normas dotadas de caráter *jus cogens* são ainda superiores às resoluções<sup>326</sup>.

MILANOVIC levanta duas importantes questões relacionadas ao dispositivo. Primeiramente, aponta que parte das determinações do Conselho de Segurança se expressam por autorizações – como, por exemplo, autorizar o uso da força -; e a questão de o dispositivo

---

partes desistiram do processo. O relatório toma o caso como exemplo de que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas se refere a prevalência e não a validade, visto que a ideia de que a Convenção de Montreal estaria automaticamente abolida não faria sentido.

<sup>326</sup> A República da Bosnia e Herzegovina e a então Iugoslávia envolveram-se em litígio frente à Corte Internacional de Justiça, por iniciativa da primeira contra a segunda, sobre violações à Convenção para a Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio. Bosnia e Herzegovina acusaram a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) de matar, assassinar, ferir, estuprar, roubar, torturar, sequestrar, deter ilegalmente e exterminar seus cidadãos. A Iugoslávia respondera que se tratava de um conflito interno, de modo que não invocaria a aplicação do direito internacional; que Alija Izetbegović não era mais presidente e, portanto, não teria autorização para iniciar um procedimento; que os atos de independência da Bósnia e Herzegovina violavam direitos de autodeterminação dos povos e que sua Notificação de Sucessão não tem efeitos jurídicos; que a Bosnia e Herzegovina não se tornara um estado a ser parte na Convenção; que os fatos narrados seriam anteriores à suposta adesão da autora à Convenção. A Corte esclareceu, para fins de afirmar sua jurisdição, que a República Federal Socialista da Iugoslávia ratificara a Convenção em 1948. Observou que a Bosnia e Herzegovina era membro das Nações Unidas e, como tal, estaria autorizada a tornar-se parte na Convenção. Em sede de medida cautelar, determinou que a demandada tomasse todas as medidas para evitar a prática do genocídio. A análise do artigo 103 fora feita pelo juiz Lauterpacht no incidente “further Requests for the indication of provisional measures”, no qual o juiz avaliou os limites da jurisdição da Corte frente a atuação do Conselho de Segurança. Este esclareceu que o desencadeamento do caso *Lockerbie* não poderia ser o mesmo do caso em questão, já que a proibição ao genocídio é geralmente reconhecida como *jus cogens*, de modo que a prevalência do artigo 103 da Carta das Nações Unidas não a alcança, e de modo que o embargo econômico firmado na resolução, se contributivo para as atividades genocidas, a impedir o exercício de legítima defesa da demandante, faz da resolução nula. Em 2007, julgando definitivamente o caso, diante da argumentação da demandada de que não há continuidade entre esta e a antiga Iugoslávia, a Corte resgatou o histórico da relação entre a República Federal Socialista da Iugoslávia – entre sua declaração de permanência como membro das Nações Unidas e a decisão da Assembleia Geral, sob recomendação do Conselho de Segurança, de que aquela não poderia ser considerada membro das Nações Unidas, até seu requerimento de adesão em 2000 a qual, aceita pela Assembleia Geral, pôs fim a questão. Ademais, destacou que, ao tempo da decisão acerca das medidas provisionais, não houve alegação da demandada de não ser membro das Nações Unidas. Para aferir a responsabilidade internacional da demandada, recorreu-se ao artigo 8º do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’, o qual imputa responsabilidade ao estado caso a ação de um indivíduo seja por aquele instruída ou caso o indivíduo aja sob seu controle, e considerando que a demandante fez referência ao caso *Tadic*, segundo o qual bastaria um ‘controle geral’ para caracterizar a responsabilidade do estado demandado, a Corte entendeu ser impossível alinhar-se à decisão do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, já que sua jurisdição contempla pessoas, de modo que esta não examina questões de responsabilidade internacional do estado. Ao final, a Corte considerou que a Sérvia não cometeu genocídio, não conspirou e não incitou práticas genocidas, sequer foi cúmplice de genocídio; mas que falhou em seu dever de prevenir o genocídio, não cumpriu sua obrigação relativamente à transferência de Ratko Mladić, o qual fora indiciado pela prática e cumplicidade com o genocídio.

mencionar a prioridade sobre ‘outros tratados’, razão pela qual se impõe a questão sobre se a prevalência da Carta se estende sobre o costume. Sobre a primeira questão, o autor aponta que a literatura jurídica tem estendido a prevalência, oriunda do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, às normas facultativas emanadas do Conselho de Segurança, em virtude do papel central que desempenham as questões de segurança coletiva. Sobre a segunda questão, o autor meramente aponta a necessidade de estender a prevalência sobre o costume, sem se ocupar da possibilidade de o estado não ser membro das Nações Unidas, como fizera o relatório<sup>327</sup>.

É interessante notar, porém, que se por um lado o dispositivo é visto como orientação para uma eventual fixação de hierarquia institucional, atribuindo à Corte Internacional de Justiça autoridade superior aos demais órgãos judicantes, por certos estudiosos, como é o caso de Christian LEATHLEY, este é também pode ser motivo de suspeitas sobre a relação entre órgãos, mais propriamente entre a CIJ e o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, porque este último foi criado por resolução do Conselho de Segurança. Um ano após a conclusão do relatório, houve o julgamento do *Caso Relativo à Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio*, e nele houve referência às decisões do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, particularmente sobre as diferentes visões sobre a responsabilidade internacional do estado. A divergência jurisprudencial, sobre a qual há suspeita de que a proliferação de órgãos judicantes promova sobreposições jurisprudenciais, foi reforçada neste caso. Avalia Enzo CANNIZZARO que no tocante à interpretação da Convenção propriamente dita, em pontos como a clareza específica acerca do caráter doloso (*mens rea*) da prática do genocídio ou sobre os atos materiais os quais importam a identificação de tal dolo, a CIJ alinhou seu entendimento com as decisões do Tribunal; mas ao tratar novamente do sentido e alcance do termo “controle geral”, a Corte, ao entender que o Tribunal possui jurisdição sobre indivíduos e, por isso, não decide de forma vinculante sobre questões ligadas à responsabilidade internacional do estado, manteve o entendimento divergente<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> MILANOVIC, Marco; Op. Cit. Nota 315; pp. 78 e 79.

<sup>328</sup> CANNIZZARO, Enzo; *Interconnecting International Jurisdictions: a Contribution from the Genocide Decision of the ICJ*; *European Journal of Legal Studies*; Volume I; nº I; 2007; p. 43. Disponível em: <http://www.ejls.eu/1/5UK.pdf>. Importante para esta análise o parágrafo 403 da decisão da Corte Internacional de Justiça no *Caso Relativo à Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio*: “The Court has given careful consideration to the Appeals Chamber’s reasoning in support of the foregoing conclusion, but finds itself unable to subscribe to the Chamber’s view. First, the Court observes that the ICTY was not called upon in the Tadic’ case, nor is it in general called upon, to rule on questions of State

Uma vez que o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia tivera seu Estatuto aprovado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança de 1993, de modo que este esteja integrado ao sistema das Nações Unidas, poder-se-ia estender, com fundamento no artigo 103 da Carta das Nações Unidas, a autoridade superior a ele. Pontua CANNIZZARO que as decisões do Tribunal devem ser entendidas como voltadas a garantir os objetivos de manutenção da paz e da segurança internacionais tratadas pela Carta das Nações Unidas. Mas para o autor, adiantando-se ao problema da relação entre tribunais, tal presunção seria problemática, visto que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas se dirige à relação entre obrigações contidas na Carta e outras previstas em outro diploma. Para ele, o Conselho de Segurança, ao criar o Tribunal, não intencionou conferir autoridade prioritária à interpretação do Tribunal à Convenção para Prevenção ou Punição ao Crime de Genocídio<sup>329</sup>.

#### **4.3. O estudo do relatório sobre *jus cogens* e sua capacidade de solução de conflito normativo.**

Se é comum entre todos os sistemas jurídicos conter uma categoria de normas tidas como sendo hierarquicamente superiores, ao ponto de não permitirem derrogação por qualquer meio, a não ser que a norma derogadora possua igual status normativo, o direito internacional, como aduz o relatório, também a contém. E o relatório salienta que a ideia de normas peremptórias, *jus cogens*, no direito internacional, é anterior ao contexto moderno; remonta preceitos basilares do direito romano, propriamente a distinção entre *jus strictum* e *jus dispositivum* ou mesmo a máxima *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>330</sup>.

---

responsibility, since its jurisdiction is criminal and extends over persons only. Thus, in that Judgment the Tribunal addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction. As stated above, the Court attaches the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it and, in the present case, the Court takes fullest account of the ICTY's trial and appellate judgments dealing with the events underlying the dispute. The situation is not the same for positions adopted by the ICTY on issues of general international law which do not lie within the specific purview of its jurisdiction and, moreover, the resolution of which is not always necessary for deciding the criminal cases before it".

<sup>329</sup> Idem; p. 51.

<sup>330</sup> A máxima romana é também invocada pelo professor Paulo Borba CASELLA como sendo a ideia elementar do *jus cogens*: "Convém entender adequadamente o caráter do *jus cogens*, tal como este se punha no direito romano: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – em todos os casos nos quais se afirma o interesse da república (*rei publicae interest*), em ver a lei se aplicar de maneira inflexível, sem que possa haver derrogação mediante convenções particulares. O mesmo sentido é o único que convém para sua interpretação e aplicação, tal como se inscreve na Convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969): o caráter

Também, afirma o relatório, que a noção de normas prioritárias e inderrogáveis encontraria óbvia afinidade com a visão jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII. Recentemente, ainda de acordo com o relatório, o caráter *jus cogens* de certas normas foi afirmado pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia<sup>331</sup>.

Cabe registrar, neste ponto, a opinião de Marko MILANOVIC. A solução de conflitos normativos genuínos depende de um método central própria dos direitos domésticos, qual seja, uma hierarquia normativa baseada nas fontes normativas e um sistema centralizado. Preconiza-se que a norma constitucional seja prevalente sobre as normas estatutárias, ao que a lei prevalece sobre ordens emanadas do Poder Executivo. Os conteúdos de direito internacional, por outro lado, igualmente os tratados como o costume, são expressão do *jus dispositivum*. A única exceção a esta característica do direito internacional seriam as normas *jus cogens* as quais, porém, são muito limitadas e, ainda, não são articuladas enquanto tais nas decisões dos tribunais internacionais<sup>332</sup>.

Carmen PAVEL também se dedica ao assunto. Para ela, grande parte dos conflitos normativos são conflitos entre valores morais. De maneira pertinente, a autora relembra o conflito entre integridade territorial e o princípio da autodeterminação dos povos, tratado pela Corte Internacional de Justiça no *Parecer Consultivo sobre a Legalidade Declaração Unilateral de Independência do Kosovo*, de 2008. Lembra, também, a colisão entre comércio internacional e proteção do ambiente. Entre propostas que visam abolir conflitos, PAVEL argumenta que isso não é completamente possível: conflitos de valores morais não são exclusividade do direito internacional, senão existem nas ordens jurídicas domésticas. Tais conflitos poderiam ser solucionados por meio normativo, calcado na hierarquização, procedimental ou institucional. A hierarquização no direito internacional, conquanto a forma constitucional seja inexistente nesta dimensão jurídica, afigura-se sobre padrões mínimos de valores morais como o direito à vida e integridade física, os quais devem sobrepor conteúdos como a soberania estatal, por exemplo. No direito internacional, estes padrões mínimos axiológicos correspondem ao *jus cogens*. Quanto aos demais valores, estes devem ser tratados a partir dos demais expedientes – especialidade e posterioridade. A autora sustenta

---

inderrogável da norma imperativa, por acordos das partes *inter se*” (CASELLA, P. B; Op. Cit. Nota 242; p. 723).

<sup>331</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 181 e 182. A referência foi ao caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*, julgado em 10 de dezembro de 1998 (caso nº IT-95-17/1).

<sup>332</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota 315; p. 74.

que não há nada errado com o pluralismo de valores: o fato de serem múltiplos, não o fazem ser nada<sup>333</sup>.

A ideia de imperatividade e inderrogabilidade normativa ganhou forma nos artigos 53<sup>334</sup> e 64<sup>335</sup> da CVDT. Há, porém, desacordos acerca de seus fundamentos teóricos, nos termos do relatório, os quais perpassam discussões sobre os efeitos derivados da norma *jus cogens*. Em primeiro lugar, aponta-se a nulidade da norma incompatível com a norma imperativa, o que se extrai da própria linguagem do artigo 53 da CVDT, em cotejo com a prioridade relativa estabelecida no artigo 31. Os efeitos do conflito normativo envolvendo uma norma peremptória estão descritos no artigo 71 da CVDT<sup>336</sup>, o qual, entre outras coisas, esclarece que estes não são retroativos<sup>337</sup>.

Essas determinações sugerem ao relatório três situações: (1) o conflito entre uma norma peremptória e uma norma contida num tratado regular; (2) o conflito entre uma norma peremptória e o costume internacional geral; (3) o conflito entre duas normas peremptórias. Na primeira situação, independentemente de ser o tratado bilateral ou multilateral, este será total ou parcialmente nulo, à extensão da incompatibilidade com a norma peremptória, o que se impõe inclusive sobre a Carta das Nações Unidas e resoluções provenientes de organizações internacionais. No segundo caso, por seu turno, aplica-se a mesma lógica, resultando na nulidade do costume internacional. Já no terceiro caso, exemplificado pelo relatório com eventual uso da força dispensado à garantia da autodeterminação de um povo,

---

<sup>333</sup> PAVEL, Carmen; *Normative Conflict in International Law*; San Diego Law Review; Volume 46; 2009.

<sup>334</sup> Artigo 53 (Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral – *jus cogens*): “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

<sup>335</sup> Artigo 64 (Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral – *jus cogens*): “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

<sup>336</sup> Artigo 71 (Consequências da Nulidade de um Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral): “1. No caso de um tratado ser nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a: a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral. 2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado: a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

<sup>337</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 183 e 184.

há maiores dificuldades, uma vez que não há hierarquia entre normas de caráter *jus cogens*<sup>338</sup>.

Muito embora a imperatividade de certas normas seja amplamente reconhecida, ainda há possíveis impasses procedimentais. Como nota o relatório, foi o que ocorreu no caso *Al-Adsani v. Reino Unido*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2001, no qual apesar da proibição à tortura ser reconhecidamente expressão de *jus cogens*, a Corte entendeu que isso não a habilitava a apreciar a questão independentemente da imunidade do estado<sup>339</sup>. Para Vassilis P. TZEVELEKOS, este caso é o mais expressivo exemplo de conflito entre o direito aplicado pela Corte Europeia de Direitos Humanos e o direito internacional geral. Apesar de haver recurso ao artigo 31 (3) (c) da CVDT<sup>340</sup>, este se deu para esclarecer que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não poderia ser aplicada no ‘vácuo’, isto é, independentemente do disposto pelo direito internacional geral acerca da imunidade do estado. O autor sustenta que a imunidade do estado poderia ser lida como norma especial em relação à norma geral contida no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos; no entanto, a questão não é de fácil solução, porquanto haveria diferentes status normativos entre as normas em conflito, visto que a Convenção Europeia estabelece obrigação *erga omnes* – no caso, o acesso à justiça, e não a proibição a tortura a qual o relatório enfatizara o caráter *jus cogens* -, e por essa questão o caso é extremamente emblemático. Primeiramente, esclarece TZEVELEKOS, que o critério da especialidade não se aplicaria à medida em que há diferentes níveis hierárquicos entre as normas; mas igualmente que, uma vez que as obrigações *erga omnes* gozam de prioridade, o meio adequado de percebê-las em relação a outras normas se faz por meio de critério de proporcionalidade, cuja técnica se

---

<sup>338</sup> *Idem*; p. 185.

<sup>339</sup> *Ibidem*; p. 187 e 188. O requerente, neste caso, possui nacionalidade britânica e kuwaitiana. Iniciou procedimento contra o Reino Unido, em razão do tempo em que servira à Força Aérea do Kuwait. Ao que colaborava com a resistência à invasão do Iraque ao Kuwait, adquirira material pornográfico, que incriminavam o Sheik Jaber Al-Sabah Al-Sauf Al-Sabah, e o qual tivera ampla circulação, da qual o demandante foi considerado responsável por exposição pública. Finda a invasão, o demandante tivera sua casa invadida, sofreu agressões e foi encaminhado à Prisão de Segurança do Kuwait, onde sofreu contínuas agressões físicas e foi forçado a assinar falsa confissão. O demandante alega ter sido submetido a técnicas de tortura, sendo mantido submerso e o Sheik chegou a atear fogo em colchão embebido de gasolina, o que resultou em graves queimaduras ao demandante. Foi, então, enviado a um hospital no Reino Unido, no qual sofreu ameaças para não dar publicidade aos fatos. O demandante então recorreu a órgãos judiciais do Reino Unido em face do governo do Kuwait e reclamando contra ameaças sofridas já no Reino Unido. Em tal procedimento, prevaleceu o entendimento da imunidade soberana do estado do Kuwait. O demandante argumentou que a tortura não é um ato de estado, bem como a proibição à tortura é expressão do *jus cogens*. Ao decidir o caso, a Corte lembrou o caráter especial da proibição à tortura, embora não tenha concluído ser o caso sobre responsabilidade individual, mas sobre a imunidade do estado.

<sup>340</sup> Trata-se do dispositivo que institui a ‘integração sistêmica’, a qual será discutida no próximo capítulo.

emprega para definição de prioridades<sup>341</sup>. Para ele, neste caso, a Corte subsumiu seu próprio regime acriticamente<sup>342</sup>.

Sobre o conteúdo do *jus cogens*, o relatório afirma que a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas listou exemplos de *jus cogens* no Projeto Final sobre Direito dos Tratados, o que também foi feito nos ‘Comentários ao Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados’, neste último mencionando-se a proibição à agressão, ao trabalho e comércio de escravos, ao genocídio, à discriminação racial ou o *apartheid*, a proibição à tortura e o direito à autodeterminação. O relatório cita alguns exemplos de conteúdos que são mais frequentemente citados como sendo expressões de *jus cogens*: a proibição ao uso da força de agressão; o reconhecimento da legítima defesa; a proibição ao genocídio; a proibição à tortura; os crimes contra a humanidade; a proibição ao trabalho e ao comércio de escravos; a proibição à pirataria; a proibição à discriminação racial e ao *apartheid*; a proibição ao ataque direto a civis. A dificuldade apontada pelo relatório, sobre o tema, é o fato de não haver qualquer lista de conteúdos que se imponha com autoridade, além de haver dificuldade em se identificar um critério preciso de identificação desses conteúdos; já o critério estabelecido pelo artigo 53, diz o relatório, tratando-os como normas aceitas pela comunidade de estados como um todo, apresenta-se como controverso, sobretudo pelas dificuldades de se aferir o que sejam “comunidade de estados” e “como um todo”. Diante de tal incerteza, o relatório sustenta ser melhor seguir a orientação da Comissão em 1966, abdicando-se de fórmulas abstratas para identificação do *jus cogens*, e permitindo que seus conteúdos sejam consolidados por meio da prática dos estados e jurisprudência dos tribunais internacionais<sup>343</sup>. Impende lembrar, como já explicitado neste trabalho, a opinião do professor Paulo Borba CASELLA a respeito das fontes de direito internacional as quais concretizam a formação do *jus cogens*, a enfatizar a importância da prática e da convicção de obrigatoriedade – a consolidação de normas imperativas por meio do costume

---

<sup>341</sup> Ver, igualmente no próximo capítulo, a discussão a respeito da técnica de balanceamento.

<sup>342</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179; pp. 665 e 666.

<sup>343</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 188 - 190. Nas palavras de AUST: “There is no agreement on the criteria for identifying which norms of general international law have a peremptory character”; “Article 53 does not therefore attempt to list examples of *jus cogens*, leaving that to be worked out by State practice and the jurisprudence of international court and tribunals”; “Since the vast majority of the rules of international law do not have the character of *jus cogens*, States are free to contract out of them; and a treaty which conflicts with general international law is therefore not necessarily void. Similarly, if a treaty provides that no derogation from it is permitted, but later a party concludes a treaty which conflicts with it, the later treaty is not void although the party may be liable for breach of the earlier treaty” (AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 147; pp. 319 e 320).

internacional – para tanto<sup>344</sup>. O reconhecimento da existência de normas imperativas representa avanço no direito internacional, mas a identificação e a expansão de seus conteúdos dependem das bases materiais das relações internacionais a edificar, cada vez mais, valores indispensáveis ao sistema jurídico internacional.

Se para Ralf MICHAELS e Joost PAUWELYN nem sempre as normas de direito internacional possuem uma relação sistêmica, os conflitos normativos envolvendo norma que expressa *jus cogens* certamente constitui caso em que há uma relação sistêmica, de modo que a aplicação do critério da superioridade normativa se impõe. Seria desrazoável, conforme argumentam os autores com base na própria referência do artigo 53 da CVDT a uma “comunidade internacional de estados”, tratar tais tipos de conflitos como não sistêmicos. No entanto, a definição do dispositivo não esclarece quais normas sejam imperativas e, portanto, esta é incapaz de resolver conflitos de maneira intrasistêmica<sup>345</sup>.

Por outro lado, no tocante aos direitos humanos, emergem opiniões e projeções as quais buscam conferi-los imperatividade. Para André de Carvalho RAMOS, a extensão do reconhecimento de imperatividade a todos os conteúdos de direitos humanos deve se concretizar como corolário da indivisibilidade dos direitos humanos<sup>346</sup>. Anthony AUST, também sobre o assunto, contrário a esta visão expansiva, sustenta que seria uma precipitação procurar reconhecer a todos os direitos humanos o caráter de *jus cogens*, assim como seria precipitado entender que tenham, todos, positivado-se por meio do costume internacional<sup>347</sup>.

Segundo o relatório, embora frequentemente mencionadas em litígios internacionais, as normas peremptórias raramente foram empregadas como método de solução de conflito normativo. Adicionalmente, dialogando com observações de Antônio CASSESE, dificilmente os estados em litígio constroem suas argumentações afirmando ou negando o caráter *jus cogens* de certas normas<sup>348</sup>.

Marko MILANOVIC, igualmente, aponta que, apesar de o direito internacional dos direitos humanos inspirar posições sobre a constitucionalização do direito internacional,

---

<sup>344</sup> Ver nota 300.

<sup>345</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; pp. 363 e 364.

<sup>346</sup> RAMOS, André de Carvalho; Processo Internacional de Direitos Humanos; Editora Saraiva; 2ª Edição; São Paulo/SP – 2012; pp. 57 – 59.

<sup>347</sup> AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 147; p. 319.

<sup>348</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 191.

dado seu caráter especial – destacando-se o caráter multilateral de seus tratados -, raramente as normas imperativas são empregadas pelos tribunais internacionais para determinar a sobreposição normativa. Ao contrário, segundo diz, a prática demonstra que os tribunais têm evitado o conflito normativo<sup>349</sup>.

No que concerne ao reconhecimento da existência deste corpo de normas pela Corte Internacional de Justiça, há, segundo aponta o relatório, o *Parecer Consultivo a Respeito de Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, em 1951, no qual a Corte entendeu ser os princípios contidos na Convenção como reconhecidos pelas nações civilizadas e, por isso, vinculantes a toda comunidade internacional<sup>350</sup>. Na mesma linha, houve menção a princípios intransgressíveis do costume internacional no *Parecer Consultivo sobre a Lícitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, de 1996<sup>351</sup>, bem como o *Parecer Consultivo sobre as Consequências Jurídicas da Construção do Muro no Território Ocupado da Palestina*, de 2003, reafirmou-os<sup>352</sup>. Além dos referidos pareceres, soma-se o *Caso da Companhia Barcelona Traction, Light and Power Ltda*, apreciado em 1964, o qual denota, como argumenta o relatório, que desde o começo a Corte se apoia sobre a ideia da existência de normas mais importantes no sistema internacional<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota 315; pp. 70 e 71.

<sup>350</sup> Ver nota 72.

<sup>351</sup> Ver nota 132.

<sup>352</sup> O parecer foi solicitado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da resolução A/RES/ES-10/14 (A/ES-10/L.16), questionando quais as consequências jurídicas da construção do muro na Palestina ocupada por Israel. A Corte fez então considerações a respeito de resoluções do Conselho de Segurança propugnando a inadmissibilidade de qualquer tentativa de aquisição territorial entre Palestina e Israel, ao tempo do conflito armado de 1967, bem como um tratado de paz entre Israel e Jordânia de 1994 delimitando fronteira, além de acordos entre Israel e Palestina, nos quais, inclusive, determinavam transferência de autoridades à última. Considerou, igualmente, o dever de abstenção ao uso da força contra a integridade territorial e independência política afirmada na Carta das Nações Unidas. Com relação ao direito humanitário, a Corte observou que, embora Israel não fosse parte da Convenção de Haia de 1907, o Tribunal de Nuremberg considerou seu conteúdo como regras reconhecidas por toda a comunidade internacional e as quais remontam costume de guerra. A Corte enfatizou, por oportuno, que Israel ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recordando sua decisão de não cessação dos direitos humanos em tempos de guerra, a ser o direito humanitário considerado *lex specialis* se o caso apresentar implicação sobre ambos os “ramos”; inclusive, estendeu a aplicação dos referidos pactos a não nacionais, diante do objeto e propósito dos direitos humanos. Por essas razões, a Corte entendeu que Israel violou uma série de obrigações internacionais. No tocante as consequências jurídicas de tais violações, a Corte pontuou o dever de cessação dos ilícitos; sobre outros estados, o dever de não ser cúmplice com as referidas violações; que as violações resultam em responsabilidade internacional do estado; salientou que Israel teria o dever de compensação a pessoas as quais sofreram danos; esclareceu que as obrigações em questão têm caráter *erga omnes*, razão pela qual nenhum estado poderá reconhecer a situação ilegal; que as violações podem acarretar em ações por parte da Assembleia Geral da ONU e do Conselho de Segurança, e tais órgãos devem considerar tomá-las.

<sup>353</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 190 e 192. O procedimento foi iniciado em 1962 por iniciativa da Bélgica contra a Espanha, por danos causados a seus nacionais acionistas da companhia canadense *Bracelona Traction, Light and Power Limited*, em decorrência de ações tomadas por órgãos espanhóis. A referida companhia tivera companhias subsidiárias instaladas tanto no Canadá quanto na

Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI, lembrando que grande parte do conteúdo do direito internacional não se apresenta em relações verticais, dizem que o conteúdo do *jus cogens* é pouco e opaco. *Jus cogens*, para eles, não oferece qualquer guia na rotineira fragmentação; e diante desta ausência, os autores desafiam a noção de que o direito internacional possa ser descrito como “ordem jurídica” – diferenciando-se “ordem” de “sistema”, porém. Acreditam que o critério da especialidade para solução de conflito normativo e para oferecer certa consistência ao direito internacional é fecundo, tendo em vista que a relação entre “direito internacional geral” e “norma especial” é mais profícua<sup>354</sup>.

---

Espanha. Emitira títulos pagáveis em Libras Esterlinas e, no curso da Guerra Civil Espanhola, autoridades espanholas se recusaram a promover a transferência da moeda, o que resultou em prejuízos aos acionistas. Por solicitação de acionistas espanhóis, declarou-se a falência da companhia. A Bélgica argumentou que ditas ações seriam contrárias ao direito internacional e que a Espanha deve reparar os danos sofridos por seus nacionais, bem como a Espanha deve anular por meios administrativos a falência da companhia. A Corte entendeu não ter jurisdição sobre o caso, pelas terceira e quarta objeções preliminares, quais sejam: que a companhia não seria belga a habilitar sua capacidade processual, visto que o direito internacional diplomático não confere proteção a acionistas que não sejam da mesma nacionalidade que a companhia; e porque a própria companhia não empregou os remédios locais, conforme exige o direito internacional. A primeira objeção enfrentada pela Corte correspondia ao argumento de que a jurisdição da Corte tenha se encerrado com a carta apresentada por ambos os litigantes em 1961 terminando procedimento anterior. A Corte analisou uma série de motivos os quais venham a fazer o demandante decidir pela terminação de um procedimento, sem que o caso tenha sido solucionado e sem que isso implique renúncia de direito. Observou que o primeiro procedimento não fora terminado em função de um acordo, mas por ato unilateral do demandante. Diante do argumento de que a reabertura do procedimento violaria o princípio do estoppel, a Corte entendeu não haver o caráter enganoso da conduta da demandante. A segunda objeção tampouco foi acolhida, qual seja, de que a Corte não teria jurisdição sobre fatos anteriormente havidos ao consentimento da demandada. Conquanto a disputa se baseia em tratado concluído entre os litigantes em 1927, o qual submetia eventuais litígios à apreciação da Corte Permanente de Justiça Internacional, e à luz do artigo 37 de seu Estatuto, o qual dispõe que caso um tratado submeta um litígio à Corte Permanente, a Corte Internacional de Justiça, em substituição, deva apreciá-lo, ao que a demandada argumentara que a cláusula de jurisdição do tratado teria sido anulada com a dissolução da Corte Permanente, a Corte passou a analisar o objeto e propósito do artigo 37, no sentido de preservar cláusulas de jurisdição presentes em inúmeros tratados. O artigo 37 visaria, segundo a Corte, calibrar duas escolas de pensamento: a que defendia a compulsoriedade da jurisdição da Corte, contra a escola de que a jurisdição da Corte só se daria em casos de expresso consentimento. Uma vez que se abriu a possibilidade de novos pedidos, o caso foi levado a uma segunda fase. Nesta, considerou-se o fato de o processo de falência conter inúmeros erros em relação a legislação espanhola e ser dotado de arbitrariedade. A Corte, então, passou a analisar a obrigatoriedade de um estado, ao receber investimento externo, estender a proteção jurídica às empresas estrangeiras; analisou se tal obrigação seria devida à comunidade de estados como um todo, ou seja, se se trataria de obrigação *erga omnes*. Neste sentido, a Corte afirmou que o direito diplomático lida com aspectos extremamente sensíveis das relações internacionais, fundados na proteção de nacionais. Por outro lado, avaliou a possibilidade de os acionistas possuírem direito próprio e meios de tutela direta de seus interesses. Pontuou, inclusive, que a Corte não poderia dirimir questões de direito doméstico. Ao final, a Corte entendeu que a questão não deva ser qualificada como envolvendo direito diplomático, decidindo que à Bélgica faltaria *jus standi*

<sup>354</sup> SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125; p. 499 e 500.

#### 4.4. O estudo do relatório sobre obrigações *erga omnes*.

Após estudar a primazia da Carta das Nações Unidas e as normas de caráter *jus cogens*, o relatório passa a analisar as chamadas obrigações *erga omnes*. Diferenciam-se estas daquelas, para o relatório, por não conter valores jurídicos com maior poder normativo, senão expressam um alcance maior. As obrigações *erga omnes* são forjadas no seio do que se compreende por “comunidade internacional como um todo”. Assim, seu elemento distintivo é precisamente sua abrangência, e, talvez, o aspecto difuso de sua formação, de modo que qualquer estado titulariza o direito de invoca-las em caso de violação. Porém, o relatório argumenta que não há uma norma clara que confira superioridade às obrigações *erga omnes* sobre quaisquer outras<sup>355</sup>.

Compreendidas em oposição ao bilateralismo que marcou grande parte do direito internacional centrado na soberania estatal e nos acordos *inter se* firmados entre estados soberanos, as obrigações *erga omnes* representam uma nova dimensão do direito internacional, na qual certos interesses são considerados públicos. Neste ponto, o relatório relembra a concepção de FITZMAURICE, nos debates da Comissão de Direito Internacional sobre a Convenção de Viena, acerca das obrigações “integrais” e “interdependentes”, como formulações incipientes ao tema, além da linha desenvolvida no já mencionado *Parecer Consultivo a Respeito de Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, o qual qualificou o núcleo da Convenção como interesse comum. Do parecer em diante, diz o relatório, a invocação de valores universais tornou-se recorrente<sup>356</sup>.

O *Caso da Companhia Barcelona Traction, Light and Power Ltda* é, igualmente, apontado pelo relatório como um dos mais decisivos marcos de reconhecimentos de tais obrigações. Neste, houve distinção entre obrigações devidas a um estado particularmente e obrigações devidas à comunidade internacional. Ocorre que ao exemplificar certas normas como sendo obrigações *erga omnes*, houve parcial coincidência com as normas exemplificadas como *jus cogens*, com a diferença, segundo o relatório, que a Corte não afirmou sua inderrogabilidade. A característica central das obrigações *erga omnes* nas decisões da Corte, conforme analisa o relatório, não é a importância especial da substância

---

<sup>355</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 193.

<sup>356</sup> Idem; pp. 194 e 195.

das normas, mas a característica (procedimental) de autorizar qualquer estado a invocá-las em caso de violação, diferentemente de outras obrigações cujo cumprimento é exigido por beneficiários individuais, na linha do artigo 48 do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados<sup>357</sup>, como destaca o relatório<sup>358</sup>.

Ademais, pondera o relatório que grande parte ou todas as obrigações *erga omnes* emergem dos direitos humanos e do direito humanitário, cujo respeito não se opera sob os auspícios da reciprocidade, de forma que os estados devem cumpri-las independentemente da conduta dos outros estados. Exemplifica-se que caso um estado torture seus nacionais, isso não indica um dano direto a um outro estado, mas viola valores comuns a todos os estados<sup>359</sup>.

As obrigações *erga omnes* podem ser firmadas por tratados. O relatório aduz que o *Institut de Droit International* confirmou esta possibilidade por meio de resolução sobre o tema em 2005<sup>360</sup>.

Vassilis P. TZEVELEKOS entende que a visão do relatório sobre tais obrigações é conservadora. Para ele, embora se possa reputar verdadeiro o aspecto procedimental das obrigações *erga omnes*, o aspecto procedimental é medida racional e operativa e resulta do fato de que são obrigações as quais incorporam valores superiores do sistema jurídico internacional. Há um elemento moral por trás das obrigações *erga omnes* e, por isso, elas

---

<sup>357</sup> Artigo 48 (Invocação de responsabilidade por Estado que não seja o lesado): “1. Qualquer Estado, além do lesado, pode invocar a responsabilidade de outro Estado de acordo com o parágrafo 2, se: a) a obrigação violada existe em relação a um grupo de Estados incluindo aquele Estado, e está estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo; ou b) a obrigação violada existe em relação à comunidade internacional como um todo. 2. Qualquer Estado apto a invocar a responsabilidade de acordo com o parágrafo 1º pode reclamar ao Estado responsável: a) a cessação do ato internacionalmente ilícito e seguranças e garantias de não-repetição, consoante o artigo 30; e b) o cumprimento da obrigação de reparação de acordo com os artigos precedentes, no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada. 3. Os requisitos para a invocação da responsabilidade por um Estado lesado consoante os artigos 43, 44 e 45 se aplicam a uma invocação de responsabilidade por Estado apto a fazê-lo de acordo com o parágrafo 1”.

<sup>358</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 196 e 197.

<sup>359</sup> *Idem*; pp. 198 e 199.

<sup>360</sup> *Ibidem*; p. 203. A referência ao Institut de Droit International é sobre a resolução, advinda da Sessão de Cracóvia em 2005, intitulada “obrigações erga omnes no direito internacional”, cuja definição de obrigação erga omnes encontra-se no artigo 1º e tem o seguinte teor: “Aux fins des présents articles, une obligation erga omnes est: a) une obligation relevant du droit international général à laquelle un Etat est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les Etats à réagir; ou b) une obligation relevant d’un traité multilatéral à laquelle un Etat partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres Etats parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres Etats à réagir”.

recebem um peso maior. Isso não quer dizer que possam ser equiparáveis às normas imperativas (*jus cogens*), já que as obrigações *erga omnes* não são absolutas, tampouco inderrogáveis. Caso uma norma conflite com uma obrigação *erga omnes*, sua aplicação só será possível à medida em que não inviabilize a aplicação da obrigação *erga omnes*, razão pela qual o autor entende que as últimas gozam de prioridade<sup>361</sup>.

Esta visão também é verificada no trabalho de André de Carvalho RAMOS, para quem “o conceito de obrigação internacional *erga omnes* é gerado a partir da valoração especial da obrigação primária, tendo como consequência o direito por parte de todos os estados da comunidade internacional de exigir seu respeito”<sup>362</sup>.

#### **4.5. Conclusões do relatório sobre a prevalência da Carta das Nações Unidas, *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.**

Conclui o relatório que o direito internacional não conta com uma hierarquia normativa única e fixa, o que não significa, porém, que inexista qualquer hierarquia nesta dimensão do direito. Contudo, segundo diz, noções como obrigações de natureza “integrais” ou “interdependentes”, “princípios intransgressíveis”, “considerações elementares da humanidade” e cláusulas cuja derrogação arrisca o objeto e propósito do tratado, são expressões mais decisivas no direito internacional do que “*jus cogens*” e “obrigações *erga omnes*”. Apesar disto, o relatório entende que a primazia da Carta das Nações Unidas, os conceitos de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* são vitais à discussão dentro da qual se confrontam percepções de “constitucionalização” e “fragmentação” do direito internacional<sup>363</sup>.

Sustenta, também, que sobre normas que expressam *jus cogens*, a verdadeira divergência não se dá sobre sua existência, mas sobre os conteúdos que gozam deste status, e prediz que a solução do impasse dependerá de preferências políticas<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179; pp. 642 e 643.

<sup>362</sup> RAMOS, André de Carvalho; Op. Cit. Nota 346; p. 49.

<sup>363</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 205 e 206.

<sup>364</sup> Idem; p. 206.

De um modo geral, pode-se dizer que as dificuldades encontradas pelo relatório neste ponto é o caráter essencialmente horizontal e dispositivo do direito internacional público. Pelas leituras subsequentes, ademais, esta preocupação parece se manter: grande parte dos estudiosos do direito internacional que tratam de conflitos normativos salientam que o rol de normas imperativas é extremamente limitado para que possa efetivamente produzir a coerência sistêmica do direito internacional. Este problema é acentuado pelo fato de que os referidos conteúdos não foram listados de forma vinculante, na medida em que não há uma norma que esclareça quais conteúdos pertencem a *jus cogens*. Os tribunais internacionais, por outro lado, evitam tecer argumentações baseadas em hierarquia normativa. E, por fim, as relações de prevalência normativa – do artigo 103 da Carta das Nações Unidas e oriundas das obrigações *erga omnes* – produzem incertezas sobre seus efeitos concretos.

Obviamente, essas dificuldades não colocam termo ao debate entre constitucionalização e fragmentação. Sequer o relatório pretendeu fazê-lo, visto que este recorrentemente aduz não ser seu propósito se posicionar sobre ele. Ao lado da constitucionalização, cabe lembrar a posição de Bardo FASSBENDER, para quem a constitucionalização do direito internacional é um movimento progressivo, é um processo a se confirmar pela história, de modo que tais dificuldades poderiam ser tidas como próprias do processo gradativo, porém não concluído, de constitucionalização do direito internacional<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Ver nota 86.

## CAPÍTULO V – FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E INTEGRAÇÃO SISTÊMICA.

Na última seção do relatório da Comissão das Nações Unidas sobre as dificuldades decorrentes da expansão e diversificação do direito internacional, este inaugura sua argumentação lançando importantes considerações a respeito dos pontos anteriores (*lex specialis; lex posterior; lex superior*). Ele diz que seu estudo, até então, procurou demonstrar que a técnica jurídica oferece mecanismos de solução de conflito normativo perfeitamente capazes de, por meio de suas regras e princípios, determinar a relação entre normas, apesar de este processo não poder ser automático ou mecânico. A fim de evitar que certa norma seja completamente inutilizada, o relatório afirma ser importante o emprego de dois princípios: 1) o pressuposto da harmonização, consistente no esforço em se ler duas normas como compatíveis; 2) ressalvadas as normas *jus cogens*, empreender a hierarquia normativa como critério de prioridade, não de validade. Feitas essas considerações, o ponto seguinte à análise do relatório são as possibilidades decorrentes da interpretação jurídica e seu estudo; interpretação esta que, segundo diz o relatório, não pode ser analisada separadamente do conflito normativo, visto que, além da solução, a própria identificação do conflito depende de interpretação<sup>366</sup>.

Parece ao relatório apropriado que se leiam as normas a partir de sua contribuição ao todo, tecendo um ideal interpretativo “sistêmico”. O percurso do raciocínio jurídico atenderia a questionamentos centrais e progressivos: a busca do significado ordinário das palavras; a identificação da vontade das partes; o estudo do objeto e propósito do tratado; e, ao final, caso persista a incerteza, a adoção dos critérios de derogabilidade normativa – *lex specialis, lex posterior, lex superior*. Ao final, o raciocínio jurídico deve contextualizar as normas analisadas em relação a quaisquer outras que possam vir a influir no resultado da interpretação, considerando-se, assim, o ambiente normativo. Bem a previsão do artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena<sup>367</sup> sobre Direito dos Tratados impõe a possibilidade de “integração sistêmica”, já que todas as normas do direito internacional extraem sua validade e força normativa do direito geral<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 206 e 207.

<sup>367</sup> O dispositivo está transcrito integralmente na nota 188.

<sup>368</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 208.

A seguir, analisar-se-á os pontos levantados pelo relatório, os quais, à guisa do que se fez nos capítulos anteriores, será confrontado com literaturas posteriores, a fim de se avaliar seu impacto sobre o estudo do direito internacional público e, de maneira específica, sobre sua coerência sistêmica.

### **5.1. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e integração sistêmica.**

Integração sistêmica é um recurso interpretativo previsto no artigo 31(3)(c) da CVDT, consistente na consideração de “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”<sup>369</sup> para fins de interpretação de um tratado. Para o relatório, porém, o princípio da integração significa mais do que dizer que há aplicabilidade do direito geral diante de uma norma especial. Significa que o ambiente normativo deve ser considerado amplamente. O mecanismo da integração sistêmica foi aplicado no *Caso do Atum da Nadadeira Azul*, de 2000<sup>370</sup>. Este faz referência a um paralelismo entre tratados, o

---

<sup>369</sup> Ver nota 188.

<sup>370</sup> O caso envolvia a Austrália e a Nova Zelândia contra o Japão. Houve requerimento de medidas provisionais junto ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar e um procedimento arbitral. Os demandantes (Austrália e Nova Zelândia), invocaram o dever do Japão de promover adequada conservação do atum da nadadeira azul, visto se tratar de uma espécie altamente migratória e que o Japão estaria promovendo pesca unilateral e experimental, ameaçando sua conservação. Em 1999, o Tribunal decidiu pela adoção de medidas provisionais, no sentido de que todos os estados devem se abster de tomar medidas que agravem ou prejudique a arbitragem estabelecida; que a pesca de todos eles obedeça seus limites nacionais; que negociem de modo a garantir a conservação do atum; que deve haver esforços para que as negociações e acordos alcancem terceiros estados. Havia uma convenção de 1993 relativa a conservação do atum de nadadeira azul entre os três estados envolvidos, a qual estabelecia os limites nacionais dos quais o Tribunal se referira. A Austrália se posicionara no sentido de que a base jurídica a ser aplicada no procedimento contemplaria tanto a Convenção de 1993, como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) e o costume internacional. O Japão, por seu turno, argumentou que seu programa de experimentação era compatível com a Convenção de 1993, sendo esta a base jurídica da disputa. O Tribunal Arbitral observou que a Convenção de 1993 foi preparada sob os auspícios da CNUDM, como proclamam suas considerações preambulares, bem como princípios do direito internacional. Acentuou também que ao tempo da conclusão da convenção de 1993, a CNUDM não estava em vigor; ao tempo do estabelecimento do procedimento arbitral, esta não havia sido ratificada pelas partes. A CNUDM, apesar de concluída em 1982 somente entrou em vigor em 1994. Isso colocou o Tribunal Arbitral frente ao seguinte dilema: embora, pela conclusão, a CNUDM poderia ser considerada anterior, argumentou o Japão, que a questão decisiva ao caso não seria a cronologia dos tratados, mas a especificidade, de modo que a Convenção de 1993 devesse ser tida como *lex specialis*. Embora o artigo 311 da CNUDM estabeleça sua prevalência sobre outros tratados, o Japão argumentou que a Convenção de 1993 seria compatível com aquela. Austrália e Nova Zelândia argumentaram pela primazia da CNUDM, e enfatizaram seu caráter geral e sua qualidade de tratado guarda-chuva; argumentaram que se o Japão estiver certo, a CNUDM seria um guarda-chuva de papel a dissolver na chuva. Neste dilema, o Tribunal faz, finalmente, menção a um paralelismo de tratados, ao sustentar que a violação pelo Japão a uma obrigação não significa que não possa violar outras, de modo que não concorda com sua visão a respeito da aplicação da Convenção de 1993 como *lex specialis*. A completude do direito internacional reclama a aplicação da CNUDM, mesmo porque a interpretação da Convenção de 1993 não pode ser feita, já que esta extrai daquela seu propósito, sem a análise da CNUDM. Por outro lado, diz o Tribunal, que esta decisão seria compatível com o artigo 30 (3) da

que lembra ao relatório as palavras de FITZMAURICE sobre “cadeias de tratados”, no qual houve sopesamento entre a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar e um tratado de pesca<sup>371</sup>.

O princípio aponta a necessidade de considerar o ambiente normativo, o que importa a consideração de objetivos compreensíveis e coerentes, bem como a identificação de conteúdos os quais, porque são mais importantes, devem ser tidos como prioritários<sup>372</sup>. Defendem MICHAELS e PAUWELYN que o princípio tem profícua aplicação em relações normativas intrassistêmicas, ao se basear no pressuposto de que dois estados, ao firmarem tratados, não intenciam se desviar do contexto normativo geral<sup>373</sup>.

No procedimento arbitral “*Affaire Concernant L’Apurement des Comptes*”, estabelecido entre os Países Baixos e a França, cuja decisão foi exarada em 2004, houve aplicação do artigo 31 (3) (c), particularmente a respeito do princípio do “poluidor pagador”, negando-se que este seja conteúdo do “direito internacional geral”<sup>374</sup>. O relatório critica a decisão, pois o dispositivo em questão conclama a aplicação de “qualquer regra relevante às partes”, não usando e não se restringindo ao “direito internacional geral”<sup>375</sup>.

Com efeito, para o relatório, o olhar sistêmico, proporcionado pela técnica de integração sistêmica, do direito internacional impede o entendimento segundo o qual os órgãos judicantes não podem decidir além do que dispõe seus tratados constitutivos ou outros tratados cuja salvaguarda lhes sejam atribuída<sup>376</sup>.

---

CVDT (referente aos tratados sucessivos). No entanto, tendo em vista que as partes não tentaram solucionar o caso por todos os meios anteriormente ao procedimento ser instaurado, considerando que os demandantes não aceitaram as propostas de mediação feitas pelo Japão, concluiu que não tem jurisdição sobre o caso.

<sup>371</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 209 e 210.

<sup>372</sup> Idem; p. 211.

<sup>373</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; pp. 364 e 365.

<sup>374</sup> Países Baixos e França instituíram procedimento arbitral com vistas a discutir situação ligada à Convenção para Proteção do Rio Reno Contra a Poluição Química, cuja controvérsia surgira sobre o montante a ser reembolsado, pela França, aos Países Baixos, a partir do empilhamento de sal e contaminação no rio por clorídeo. A referida Convenção estipulara valor de investimento inicial em 40 milhões de francos franceses e valor corrente de 61,5 francos franceses por tonelada empilhada. Os Países Baixos requereram aplicação conforme o artigo 31 da CVDT, no sentido de se considerar o objeto e o propósito da primeira Convenção, de modo que as despesas francesas devessem contemplar os 61,5 francos franceses multiplicados pelo número de toneladas. Para a França, tal parâmetro servia apenas ao cálculo do limite de clorídeos. Pretenderam os Países Baixos incluir reembolso em virtude do princípio do poluidor-pagador. O Tribunal observou que o referido princípio não está contido nem na Convenção, nem em seu protocolo; bem como não faz parte do direito internacional geral, embora exista em uma série de instrumentos internacionais. Ao final, o Tribunal confirmou a posição dos Países-Baixos, sobre o cálculo correto.

<sup>375</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 211 e 212.

<sup>376</sup> Idem; p. 212.

### 5.1.1. A aplicação do artigo 31 (3) (c) da CVDT.

O relatório opina que o artigo 31 (3) (c) da CVDT pouco esclarece sobre seu sentido substancial e temporal: em que medida deve o “outro direito” ser aplicado? Como este deve ser aplicado em relação em seu aspecto intertemporal? O que propriamente significa “levar em consideração”? São questões levantadas pelo relatório, para as quais a mera leitura do dispositivo não oferece soluções definitivas<sup>377</sup>.

O dispositivo foi incluído na parte III da Seção 3 da CVDT, a qual cuida da interpretação de tratados. Sob sua regra geral, há a afirmação da interpretação de tratados de acordo com a boa-fé e com o significado ordinário das palavras; a compreensão segundo seu contexto – cultural, econômico, político, social - e segundo seu propósito. O parágrafo terceiro anuncia recursos adicionais a serem levados em conta, quais sejam: um tratado subsequente entre as partes do tratado original que enuncie normas de interpretação deste; uma prática subsequente que também oriente a interpretação do tratado original; e, finalmente, implementando a diretriz da integração sistêmica, qualquer regra relevante de direito internacional que seja aplicável entre as partes. Comenta o relatório que sua previsão é diferente do recurso suplementar aos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*), o qual se emprega em caso de ambiguidade ou obscuridade do tratado, de modo que integração sistêmica constitua meio primário de interpretação de tratados; além disso, sobre o artigo 31 (3) (c), o relatório faz as seguintes observações: 1) refere-se a regras de direito internacional, de modo que, assim, enfatiza não poder ser princípios amplos que não estejam firmemente estabelecidos em “regras”; (2) regras de direito internacional são mencionadas de forma genérica, contemplando, portanto, regras advindas de qualquer fonte; (3) devem ser “relevantes” e aplicáveis às partes; (4) não foram incluídos elementos de intertemporalidade normativa, de modo que se saiba qual o momento das outras regras – elaboração, conclusão de um tratado – deva ser considerado<sup>378</sup>.

Anne VAN AAKEN, no entanto, procurando conceber meios de “desfragmentação do direito internacional”, amplia o alcance da integração sistêmica, a fim de contemplar princípios gerais do direito e princípios do direito internacional, o que faz com base em

---

<sup>377</sup> Ibidem; p. 213.

<sup>378</sup> Ibidem; pp. 213 – 215.

decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Aliás, para a autora, a consideração dos princípios do direito internacional público viabiliza um dos métodos de interpretação que, perdendo apenas para uma sólida hierarquização normativa, seria o segundo meio mais eficaz para solucionar o problema da fragmentação do direito internacional: a adoção da técnica de interpretação constitucional de balanceamento, como será analisado adiante<sup>379</sup>.

Ademais, o relatório argumenta que a Convenção se isentou de se posicionar sobre grandes dilemas doutrinários acerca da interpretação jurídica, ao disponibilizar a interpretação segundo o significado ordinário das palavras como também sua interpretação segundo propósitos; proclama que se busque compreender o interesse das partes ao que igualmente proclama a leitura de tratados de acordo com o princípio da boa-fé. Por outro lado, não há referências a técnicas comuns de solução de conflito normativo, como os critérios da especialidade e posterioridade. Uma vez que há diferentes recursos interpretativos dispostos na Convenção, os diferentes “ramos” do direito internacional desenvolveram seus meios próprios de interpretação: tornou-se comum a interpretação dos direitos humanos mirando a efetividade de seus instrumentos (*effet utile*) com maior amplitude que os termos do tratado; quando diante de tratados constitutivos de organizações internacionais, estes têm sido interpretados como gozando de status constitucional<sup>380</sup>.

Nos debates da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados, analisa o relatório, houve proposta de que o dispositivo que enunciasse a integração sistêmica fizesse referência a “princípios” em vez de “regras”. Esta proposta não recebeu muita atenção, sendo a maior parte da discussão dirigida à questão intertemporal entre tratados, apesar de que, ao final, acabou não havendo reprodução deste segundo ponto na Convenção. Diante da omissão da Convenção, este ponto é alvo de intensa controvérsia<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> VAN AAKEN, Anne; *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: a Methodological Proposal*; *Indiana Journal Of Global Legal Studies*; Vol. 16: Iss. 2, Artigo 5; 2009; pp. 500 – 502.

<sup>380</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 215 e 216. Ensina Malcolm N. SHAW que “... há três abordagens básicas à interpretação de tratados. A primeira centra-se no próprio texto do acordo e enfatiza a análise dos termos utilizados. A segunda encara as intenções das partes que adotam o acordo como a solução para as cláusulas ambíguas, e pode ser denominada escola de interpretação subjetiva, em contraposição à abordagem objetiva da escola mencionada em primeiro lugar. A terceira abordagem adota uma perspectiva mais abrangente que as outras duas e propõe que o objeto e a finalidade do tratado sejam o pano de fundo mais importante em relação ao qual o significado de qualquer cláusula específica deve ser avaliado” (SHAW, Malcolm N.; Op. Cit. Nota 81; p. 693).

<sup>381</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 216 e 217.

Levanta o relatório, também, que houve poucas referências ao dispositivo por tribunais internacionais. Na Corte Europeia de Direitos Humanos, recorreu-se ao dispositivo a fim de conceber o escopo do direito a um julgamento justo, nos termos do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no caso *Golder v. Reino Unido*, de 1975<sup>382</sup>, o que se operou com o auxílio do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ao se entender que o acesso a um julgamento justo constituía “princípio geral do direito”. Também no caso *Loizidou v. Turquia*, de 1996, houve invocação do dispositivo para se determinar se a República Turca do Norte do Chipre poderia ser entendida como um estado<sup>383</sup>. Por fim, o dispositivo foi usado pela Corte em três casos, em 2001, para decidir entre a imunidade do estado e o acesso à Corte. Nos três, entendeu-se pela imunidade do estado<sup>384</sup>.

Sobre o caso “*Loizidou*”, Vassilis P. TZEVELEKOS o compreende como resposta, vinda da Corte Europeia de Direitos Humanos, às preocupações do Presidente da Corte Internacional de Justiça, Gilbert GUILLAUME. Este havia criticado a Corte acerca de suas decisões preliminares tomadas no caso em questão, e utilizado-as como demonstração concreta da fragmentação institucional a qual a sociedade internacional experimentava. Ao decidir definitivamente o caso, portanto, a Corte Europeia consignou recorrer a qualquer regra relevante de direito internacional em vigor entre as partes, valendo-se do dispositivo da CVDT, e afirmando que os princípios contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos não se aplicavam no vácuo<sup>385</sup>.

No caso da arbitragem entre Reino Unido e Irlanda sobre a Usina de MOX (“OSPAR Arbitration”), ao que a Irlanda argumentou pela aplicabilidade da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, e o Reino Unido objetou que esta não é um tratado, o Tribunal fez referência

---

<sup>382</sup> O Senhor Sidney Elmer Golder, cidadão britânico, fora condenado, no Reino Unido, por roubo com emprego de violência, a quinze anos de prisão. Houve conturbação no pátio da prisão e um oficial fora atacado. Ao procurar identificar seus agressores, o oficial teria dito que um prisioneiro, talvez de nome Golder, golpeava-o, o que resultou no isolamento e sujeição a interrogatório do demandante. Ao requerente foi negado acesso a um advogado, o que gerou a argumentação, por parte do demandado, que a Convenção não estabelecia um direito direto a tal consulta. Os mecanismos de interpretação de tratados da CVDT foram invocados pela Corte, mesmo que esta ainda não estivesse em vigor, por refletirem princípios gerais do direito. Seria decisivo ao caso interpretar a Convenção Europeia de Direitos Humanos sob seus objeto e propósito, a qual faz referência à Declaração Universal de Direitos Humanos, e reclama compromisso com a norma jurídica e com o princípio da boa-fé; ademais, empregar-se-ia o artigo 31(3)(c) como importante mecanismo para consideração dos princípios gerais do direito internacional, sendo o acesso a justiça um destes princípios universais. Além de entender que houve violação à norma de acesso judicial, a Corte entendeu que os fatos narrados apontam para a violação do direito à privacidade e vida familiar.

<sup>383</sup> Ver nota 113.

<sup>384</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 219 e 220.

<sup>385</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; Op. Cit Nota 179; pp. 622 e 623.

ao artigo 31(3)(c). No entanto, a menção se fez para constatar que os diplomas aos quais a Irlanda fez menção não seriam “regras jurídicas aplicáveis às partes”<sup>386</sup>.

Já na OMC, o relatório entende que no “Caso Camarões” houve situação das normas comerciais em relação ao direito internacional geral, fazendo-se ampla referências a diplomas de direito ambiental, e buscando, a partir de expressa referência ao artigo 31(3)(c) da CVDT, um guia interpretativo nos princípios gerais do direito internacional<sup>387</sup>. Diz o relatório que o Órgão de Apelação da OMC se esforçou em muitos casos para alinhar a interpretação dos dispositivos constantes de seus “acordos abrangidos” com dispositivos alheios ao regime, mas nunca entendeu que aqueles pudessem ter sido derogados por estes<sup>388</sup>.

Observações do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tem, por vezes, entendido que o órgão não pode acrescentar ou diminuir os direitos consagrados nos “acordos abrangidos”, entendimento este que o Órgão de Apelação tem negado por corresponder a um “isolamento clínico” das normas da OMC. Sobre esta questão, o relatório argumenta que interpretação não significa adicionar ou diminuir direitos, e sim buscar o significado jurídico dos instrumentos, valendo-se do disposto no artigo 31(3)(c) da CVDT<sup>389</sup>.

Nesse passo, segundo o relatório, houve recurso ao dispositivo no caso *Comunidade Europeia – Produtos Biotecnológicos*, em 2006, no qual a Comunidade Europeia argumentara que o banimento às importações de organismos geneticamente modificados se justificaria por instrumentos não pertencentes ao sistema da OMC, particularmente a Convenção sobre a Biodiversidade de 1992 e seu Protocolo sobre Biosegurança de 2000; argumento este que, porém, não tendo a parte adversária, os Estados Unidos da América, ratificado o Protocolo, não foi acolhido<sup>390</sup>. Também o “Panel” desconsiderou o argumento

---

<sup>386</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 221 e 222.

<sup>387</sup> Ver nota 182.

<sup>388</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 223 e 224.

<sup>389</sup> Idem; p. 226.

<sup>390</sup> A consulta foi requerida pelos Estados Unidos da América, relativamente ao regime da Comunidade Europeia de aprovação de produtos biotecnológicos, e medidas que proíbem ou restringem seu mercado. Tratam-se de produtos provenientes de cultivares sob desenvolvimento a partir de ácido desoxirribonucleico. Os atos normativos consultados prevêm, segundo informa a Comunidade Europeia, procedimento administrativo para avaliação de companhias que objetivem disponibilizar produtos biotecnológicos ao mercado, e atende às políticas europeias de segurança para produtos geneticamente modificados. Para os Estados Unidos, tal medida viola disposições do Acordo de Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, disposições do GATT 1994, disposições do Acordo sobre a Agricultura, e disposições do Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. O “Panel” percorre algumas considerações sobre engenharia genética, salientando seus benefícios à saúde humana, como meio capaz de reduzir a fome por meio do aumento de produtividade. Entendeu que a Comunidade Europeia não atendeu ao procedimento destinado a aprovação de

da Comunidade Europeia acerca do princípio da precaução segundo o qual, desde a apreciação do Caso Hormônios, o princípio se consolidara como “princípio geral do direito” e, portanto, este seria relevante à luz do artigo 31(3)(c). Entendeu o “Panel” que o status jurídico do princípio ainda permanecia incerto. De todo modo, diz o relatório, o caso é importante por conta da expressa admissão e referência ao dispositivo da CVDT<sup>391</sup>.

Na Corte Internacional de Justiça, por sua vez, o dispositivo da integração sistêmica foi de central importância no “Caso das Plataformas Petríferas”, julgado em 2003<sup>392</sup>. Sua solução dependeu do balanceamento de um Tratado de Amizade, Relações Econômicas e Direitos Consulares de 1955 entre o Irã e os Estados Unidos da América e o costume internacional acerca do uso da força, ao que os Estados Unidos pleiteavam a interpretação

---

medidas sanitárias ou fitossanitárias previstas em seu Acordo. Empregou o artigo 31 da CVDT para compreender o sentido ordinário das palavras contidas no Acordo. A Comunidade Europeia não teria realizado a avaliação de risco a qual exigem as normas da OMC. Os Estados Unidos argumentaram, inclusive, que o procedimento não poderia resultar em algo diferente do caso “hormônios” relativamente ao “princípio da precaução”, tendo em vista que ainda que o “princípio da precaução” fosse considerado regra relevante aplicável à relação entre as partes, nos termos do artigo 31 (3)(c) da CVDT, este seria útil apenas para interpretar termos particulares de um tratado, e não poderia pretender sobrepor as normas da OMC. O princípio da precaução não poderia ser empregado para justificar o não atendimento de obrigações previstas no Acordo de Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. O “Panel” esclareceu, por fim, que o dispositivo faz menção a normas relevantes aplicáveis entre as partes e os Estados Unidos não haviam ratificado o Protocolo de Biosegurança.

<sup>391</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 226 e 227.

<sup>392</sup> A República Islâmica do Irã iniciou o procedimento contra os Estados Unidos da América em virtude dos ataques e destruição de complexos de produção de petróleo por navios estadunidenses ao tempo do conflito entre Irã e Iraque na década de 1980. A demandante alegou que tais ações violavam o Tratado de Amizade, Relações Econômicas e Direitos Consulares entre ambos os Estados. Por outro lado, os Estados Unidos alegaram que o Irã promoveu uma série de ataques a navios inocentes e, portanto, este sim teria violado o Tratado em questão, além de normas acerca do uso da força. Os Estados Unidos se basearam na tese da legítima defesa, atribuindo ao Irã o ataque aos seus navios, ao que o Irã sustentara ter sido ação do Iraque. Nos termos do próprio Tratado de Amizade, argumentaram que tais ações visavam proteger interesses vitais de segurança. A Corte passou a analisar este argumento, contraposto à acusação do Irã de que tais ações prejudicaram o comércio iraniano e não estaria justificado como ação para assegurar interesses de segurança. A Corte invocou o artigo 1º do Tratado de Paz, o qual determina que deve haver firme e duradoura paz entre as partes, bem como invocou a técnica de integração sistêmica prevista na CVDT para esclarecer que o Tratado não pode ser operado independentemente de todo o contexto normativo do direito internacional, apesar de consciente de que sua jurisdição se limita à aplicação do tratado. A Corte pontuou que para justificar o direito individual de legítima defesa, os Estados Unidos precisariam demonstrar que houve um “ataque armado”, e que sua resposta atende ao critério da proporcionalidade, além de demonstrar que as plataformas de petróleo seriam alvos legítimos a serem sujeitos a uma ação militar tendente à legítima defesa. Não se convenceu da responsabilidade do Irã pelos ataques aos navios e, como consequência, já que o Tratado de Amizade trata de medidas necessárias a consecução de interesses de segurança, ao que os Estados Unidos alegaram que a identificação da necessidade é uma medida de discricão, a Corte passou a analisar o sentido de necessidade e proporcionalidade à luz do direito internacional sobre legítima defesa. Enfatizou que o ataque às plataformas de petróleo não aponta para qualquer sentido de necessidade a qualificar a legítima defesa; portanto, a ação dos Estados Unidos não seria de legítima defesa. A seguir, a Corte analisou se houve violação à liberdade comercial prevista no tratado, levando em conta a destruição das plataformas e o embargo econômico dos Estados Unidos ao Irã. A Corte considerou, porém, que não houve violação à liberdade de comércio e, portanto, não haveria dever de reparação. Assim, a Corte concluiu que a ação militar dos EUA não foi necessária, a partir da interpretação do Tratado sob o direito internacional acerca do uso da força; que não houve violação à liberdade de comércio; que o pedido contraposto dos EUA tampouco poderia ser acolhido.

do tratado segundo seu sentido ordinário e o Irã invocou a interpretação relacionada ao costume. Houve divisão de opiniões entre os juízes da Corte neste caso: BUERGENTHAL opinou pela adstrição do julgamento aos termos do Tratado por corresponder ao limite consentido à jurisdição da Corte, o que, no entender do relatório, invalidaria a previsão do artigo 31(3)(c) da CVDT por sugerir que os termos de um tratado poderiam ser compreendidos independentemente do contexto normativo; SIMMA opinou pela afirmação do costume internacional relativo ao uso da força como expressão do “direito internacional geral” e se justificou no dispositivo da CVDT em questão; HIGGINS se posicionou de maneira crítica ao dispositivo, ao colocar a necessidade de interpretar o tratado em conformidade com o seu contexto regulatório de relações econômicas; KOOIJMANS posicionou-se no sentido de que a Corte deveria analisar o Tratado e recorrer a outros elementos apenas em caso de necessidade. Houve no caso, segundo o relatório, reconhecimento da aplicabilidade da integração sistêmica, sem, no entanto, haver indicação clara sobre como deve ser aplicada<sup>393</sup>.

Comentando o caso, Christian LEATHLEY, já mencionado neste trabalho, para quem a solução para a fragmentação tem caráter institucional, procura encontrar elementos no sistema jurídico internacional que confirmam autoridade superior à Corte Internacional de Justiça. Para ele, o artigo 31(3)(c) da CVDT é um dos suportes normativos que asseguram tal superioridade, o qual deve ser lido conjuntamente com o artigo 30<sup>394</sup> desta Convenção e com o artigo 103 da Carta das Nações Unidas<sup>395</sup>. Ao determinar que os tratados sejam considerados em relação aos seus objetos e propósitos, coerentemente juízes – os quais têm poderes para tanto por força do poder inerente ao Judiciário - devem observar os objetivos e propósitos do artigo 103 da Carta, cujo desfecho é o reconhecimento da autoridade superior do diploma e da Corte estabelecida por ele. Na via contrária, a supremacia da Corte Internacional de Justiça possui vocação para solucionar o problema da fragmentação, já pela aplicação do artigo 31 (3) (c) no caso da Plataforma de Petróleo, cuja decisão se tornaria referência aos demais órgãos<sup>396</sup>.

Há três questões especiais, destacadas pelo relatório, a respeito do artigo 31(3)(c) da CVDT, a saber: 1) quais as regras aplicáveis às partes das quais o dispositivo trata? 2) O que

---

<sup>393</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 228 – 231.

<sup>394</sup> Transcrito na nota 232.

<sup>395</sup> Transcrito na nota 257.

<sup>396</sup> LEATHLEY, Christian; Op. Cit. Nota 109; pp.285 – 290.

exatamente significa “levar em consideração”, qual o peso a ser conferido aos outros conteúdos jurídicos a partir desta expressão? Como se resolvem questões temporais dentro de tal previsão?<sup>397</sup>

Sobre a primeira questão, o relatório argumenta que a identificação das regras a serem levadas em consideração se mede pelas decisões dos tribunais as quais, a despeito da ausência de expressa menção ao artigo 31(3)(c), recorrem ao costume e aos princípios gerais do direito como correspondendo ao direito geral no qual a previsão específica se insere. Diz o relatório que o dispositivo expõe apenas parte da interpretação jurídica, uma vez que a interpretação deve seguir, para ele, os seguintes passos: inicia-se do significado das expressões do tratado, avançando-se ao contexto de sua formulação e às considerações acerca de seu objeto e propósito e, a seguir, aferindo-se a prática subsequente à sua conclusão. Caso necessário, recorre-se aos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*). Realizada a interpretação do tratado em si, pelos meios indicados, procede-se a “integração sistêmica” a qual deve se apoiar sobre duas presunções: 1) uma positiva, segundo a qual se deve recorrer ao direito geral caso o tratado seja omissivo ou cuja disposição não lhe seja diferente; b) outra negativa, segundo a qual se deve pressupor que as partes não intencionaram agir de forma inconsistente com os princípios gerais do direito. Essas duas presunções abrem as vias ao emprego do costume internacional e dos princípios gerais do direito. Como corolário da interpretação harmônica, segundo a qual se pressupõe que os estados edificam novas normas internacionais de forma compatível com o direito anteriormente estabelecido, lê-se, por exemplo, termos como “necessários a interesses essenciais de segurança” à luz do direito internacional geral a respeito do uso da força, a fim de identificar o que a expressão significa, como permite o artigo 31 (3) (c) da CVDT, promovendo-se, deste modo, a coerência sistêmica<sup>398</sup>.

Além do costume internacional e dos princípios gerais do direito, também podem ser constatadas como aplicáveis normas convencionais, com o problema, porém, de se saber se todas as partes no tratado a ser interpretado devem também tê-las no outro tratado a ser aplicado. Neste caso, analisando a decisão do caso “*EC-Biotech Products*”, já analisado, o relatório vislumbra a possibilidade de os grandes tratados multilaterais se tornarem “ilhas”, o que seria contrário ao “ethos legislativo” por trás das convenções multilaterais. Aos olhos

---

<sup>397</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; p. 232.

<sup>398</sup> Idem; pp. 233 – 235.

do relatório, seria melhor permitir a associação a outros tratados que as partes em disputa sejam partes, além de ser necessária uma apropriada distinção entre obrigações recíprocas e “integrals” ou “interdependentes”<sup>399</sup>.

Para MATZ-LÜCK, o caso “*EC-Biotech Products*” confirma sua hipótese de que à questão da fragmentação importa o assentamento de autoridade a quem se atribua a função de integrar o sistema jurídico, visto que a interpretação restritiva do artigo 31(3)(c) no referido caso ocorreu em consideração à autonomia do regime da OMC e a possível perda de influência caso se considere amplamente o “direito internacional geral”. Sustenta o autor, portanto, que a integração que efetivamente poria fim aos problemas de coerência sistêmica no direito internacional seria tanto uma integração normativa como uma integração de autoridade<sup>400</sup>.

Sobre a segunda questão, por sua vez, relativa ao peso a ser atribuído a outras regras a serem levadas em consideração, o relatório entende que a questão tem importância não só em termos de hierarquização normativa, mas igualmente sobre a necessidade de conectar as partes especializadas do direito internacional. Porém, a avaliação do peso a ser conferido a essas outras regras só poderá ocorrer no caso concreto<sup>401</sup>.

Por fim, sobre o aspecto intertemporal, o relatório afirma que a regra tradicional é levar em conta a contemporaneidade e as alterações a serem consideradas. Isso significa tomar o tratado em relação ao contexto de sua elaboração, mas também situá-lo ao momento de sua aplicação. Se interpretar o tratado em relação a sua elaboração tem o condão de melhor identificar seus propósitos ao tempo em que a relação foi formada, interpretá-lo em relação ao momento da conclusão capta de forma mais eficiente a intenção das partes; como nenhuma norma pode ficar temporalmente estática, a prática subsequente dos estados deve ser levada em consideração. O relatório argumenta ser inútil estabelecer qualquer preferência rígida entre o passado e o presente, e, por isso, ele lança duas diretrizes: 1) os termos do tratado devem ser compreendidos como evolutivos; 2) descrições de obrigações em termos demasiadamente genéricos autorizam que seus significados sejam evolutivamente captados por outros conteúdos jurídicos mais específicos. Esta última observação o relatório faz dispendendo atenção ao *Caso Camarões*<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> Ibidem; pp. 237 e 238.

<sup>400</sup> MATZ-LÜCK, Nele; Op. Cit. Nota 111; pp. 126 e 127.

<sup>401</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 239 e 240.

<sup>402</sup> Idem; pp. 240 e 241. Ver nota 182.

TZEVELEKOS, pesquisador da Universidade de Michigan, argumenta que o artigo 31 (3) (c) foi descoberto pela Comissão de Direito Internacional como potencial medida anti-fragmentação. O relatório não fez uma simples menção à integração sistêmica como método interpretativo – o que, pela leitura do artigo 31 como um todo, seria assim entendido -, mas abstraiu do artigo um verdadeiro princípio jurídico segundo o qual todos os tratados devem ser interpretados de acordo com o ambiente normativo geral. Há, segundo o autor, quem ainda vá além e refira ao princípio como possuindo status constitucional. Ele lembra, inclusive, que a proposta inicial ao dispositivo conclamaria a contemporaneidade, segundo a qual o tratado seria interpretado de acordo com o contexto no qual se aplicaria<sup>403</sup>. Percebe-se, assim, haver um debate neste ponto. A integração sistêmica pode ser entendida nos termos da argumentação dos Estados Unidos da América no caso dos produtos biotecnológicos analisado pelo o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: um mecanismo para interpretação dos termos de um tratado particular. O relatório não desenvolve sua análise acerca do artigo 31 (3) (c) da CVDT sob este viés; frequentemente, o relatório o qualifica como um princípio jurídico, a traduzir-se em um dever de sempre se considerar o direito internacional como um todo. Impende lembrar, inclusive, que William MASFIELD chegara a conclusão correspondente ao primeiro entendimento, quando do seu incipiente estudo sobre o dispositivo da integração sistêmica junto ao grupo de estudo sobre fragmentação da CDI: o dispositivo somente se aplicaria caso houvesse lacuna ou ambiguidade no tratado a ser interpretado.

Ainda de acordo com TZEVELEKOS, por trás dos debates que culminaram na formulação do artigo 31 (3) (c), estaria o método dinâmico ou evolutivo de interpretação, os quais primam pela consideração da evolução da norma a ser interpretada de acordo com os contornos que assuma no transcurso do tempo. O aspecto temporal – proposto inicialmente - não fora reproduzido no texto da CVDT, embora esteja implícito que a aplicação de “qualquer regra relevante” se estenda àquelas que advieram após a edição e conclusão da norma a ser interpretada. Diz TZEVELEKOS que o trabalho da Comissão sobre o direito dos tratados expõe duplo viés: ao conclamar a aplicação do dispositivo, firma posição no sentido do caráter dinâmico das normas internacionais ao reclamar a aplicação de outras normas as quais produzem novo sentido à norma interpretada; por outro lado, defende a

---

<sup>403</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179; pp. 631 - 634.

estabilidade do chamado direito internacional geral que, já que vinculante aos regimes especiais, estes não podem ir muito além do que estipulado por aquele<sup>404</sup>.

Para o autor, a Corte Europeia de Direitos Humanos aplica a integração sistêmica, no sentido material, para três fins: 1) em situações em que o direito aplicado pela Corte é complementar às normas relevantes de direito internacional geral; 2) em situações em que há contraditoriedade entre estas e aquele; 3) em situações em que as normas relevantes do direito geral não são aplicáveis ao caso, razão pela qual a Corte as esclarece preliminarmente com o fito de afirmar sua jurisdição. A análise de casos apreciados pela Corte, realizada por TEZEVELEKOS, leva-o a constatar que o âmbito de aplicação do artigo 31 (3) (c) se dá no primeiro caso, qual seja, de associação normativa em caso de complementariedade. Esta aplicação aproxima o artigo 31 (3) (c) mais do princípio evolutivo do que da chamada ‘integração sistêmica’, e sua explicação é que o dispositivo foi empregado pela Comissão de Direito Internacional apenas recentemente como forma de buscar a unidade do sistema jurídico internacional<sup>405</sup>.

Segundo o pesquisador da Universidade de Michigan, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi a Corte que mais aplicou o dispositivo da CVDT. Mas o objetivo da aplicação não fora propriamente a busca pela integração sistêmica – sendo este um benefício apenas secundário -, mas uma tentativa de reunir recursos interpretativos adicionais para a compreensão teleológica da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>406</sup>.

TZEVELEKOS lembra, igualmente, o caso “*Bosphorus*”, no qual a Corte empregou o artigo 31 (3) (c) com manifesta intenção de preservar o funcionamento regular do direito europeu<sup>407</sup>. Este caso apresenta a face institucional da questão da fragmentação, de sorte que o recurso ao dispositivo se opera como medida para evitar sobreposições jurisdicionais. No mesmo passo que sobre o caso “*Al-Adsani*”, o autor entende tratar-se de um uso abusivo do dispositivo da CVDT a fim de não apreciar a demanda<sup>408</sup>.

Na obra brasileira *Direito dos Tratados – Comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)*, no comentário sobre o artigo 31 da CVDT, faz-se referência à capacidade de o dispositivo promover a integração e antifragmentação do direito

---

<sup>404</sup> Idem; pp. 634 – 636.

<sup>405</sup> Ibidem; pp. 646 - 648.

<sup>406</sup> Ibidem; p. 649.

<sup>407</sup> Ver Nota 51.

<sup>408</sup> TZEVELEKOS; Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179; pp. 680 – 682. Ver Nota 51 e Nota 340.

internacional, em referência expressa aos termos do relatório. A integração sistêmica é, nesta obra, tida como princípio<sup>409</sup>.

## 5.2. A proposta da técnica de balanceamento.

A técnica de balanceamento se apoia na ideia de proporcionalidade. Sua aplicação exige, inicialmente, uma distinção entre regras e princípios, constituindo os últimos em programas de otimização. Se as regras podem ou não ser aplicadas, os princípios são mais ou menos atendidos de acordo com as circunstâncias, conforme analisa VAN AAKEN com base nas formulações de Robert ALEX<sup>Y</sup><sup>410</sup>. Trata-se da afamada “ponderação” ou sopesamento de princípios.

A autora exemplifica a aplicação da técnica de balanceamento com um eventual caso que oponha o direito dos investimentos aos direitos humanos de tribos indígenas. Conquanto as duas esferas correspondem a valores – o direito à reparação justa e equitativa em caso de expropriação com direitos humanos de povos indígenas – em colisão, tanto os princípios de direitos humanos, ambientais, e o princípio da justa e equitativa reparação devem ser balanceados<sup>411</sup>.

A integração sistêmica, para a AAKEN, indica quais outras normas podem ser levadas em consideração além daquelas contidas no tratado objeto de um litígio. No entanto, conforme conclui, a integração sistêmica não indica como essas normas devem ser consideradas. O princípio da proporcionalidade e sua subjacente técnica de balanceamento correspondem a um meio de integração mais apto a conservar um sentido geral ao direito internacional. É esta sua proposta de “desfragmentação” do direito internacional.

Nota-se que há uma divergência de entendimento entre a autora e o relatório, visto que, para o relatório, a integração sistêmica se aplica exclusivamente a regras, e não a normas de caráter abstrato que anunciam valores fundantes da ordem jurídica internacional.

---

<sup>409</sup> SALIBA, Aziz Tuffi (org.); Op. Cit. Nota 300;

<sup>410</sup> VAN AAKEN; Op. Cit. Nota 379; pp. 502 e 503.

<sup>411</sup> Idem; pp. 503 – 512.

MICHAELS e PAUWELYN se opõem à ideia de que a técnica de balanceamento possa ser construtiva no direito internacional, visto que esta só pode se operar de maneira intrassistêmica e, como já salientado, os autores não veem todo o direito internacional como sistema. Os diferentes sistemas estabelecem diferentes objetivos dentro dos quais o balanceamento pode ocorrer internamente, apenas<sup>412</sup>.

Guilherme DEL NEGRO, por sua vez, critica o relatório por conta da referência ao balanceamento (*weighing*) na seção dedicada à integração sistêmica, tendo em vista que balanceamento e integração sistêmica são, para ele, duas figuras com racionalidades e pressupostos distintos. Conquanto a integração sistêmica trata de um recurso que habilita uma norma ser lida associada ao contexto normativo, o balanceamento trata de um método analítico de adjudicação normativa, no qual se entrelaçam e sistematizam interesses, sendo este método próprio do constitucionalismo. A integração sistêmica promove interpretação teleológica ao recorrer ao contexto; o balanceamento se dá entre duas demandas válidas entre as quais se escolhe a prevalecente. O autor salienta que o balanceamento não é meio de interpretação normativa, mas empregada ao que, diante de conflito ou colisão de normas constitucionais, determina-se qual interesse deve ser predominante<sup>413</sup>.

Na medida em que o relatório afirma que a própria existência do conflito é resultado de interpretação, assim como depende de interpretação para sua solução, DEL NEGRO argumenta que isso não justifica tratar a técnica de balanceamento como se fosse interpretação. O balanceamento se dá quando a interpretação já ocorrera e se constata que a colisão de normas persiste<sup>414</sup>.

### 5.3. Conclusões do relatório sobre “integração sistêmica”.

Ao concluir a seção, o relatório diz que “integração sistêmica” significa situar uma norma ao contexto jurídico, composto de regras e princípios, apesar de não ser possível determinar abstratamente como essa relação vai acontecer. Sem integração sistêmica, as

---

<sup>412</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; pp. 356 e 357.

<sup>413</sup> DEL NEGRO, Guilherme; “*The Weight of Obligations*”: *Systemic Integration, Balancing and Conflicts Of Legitimacy*; in *Fragmentação do Direito Internacional – Pontos e Contrapontos*; Arraes Editores; Belo Horizonte/MG – 2015; p. 42.

<sup>414</sup> Idem; p. 43.

instituições ficariam completamente isoladas, o que arriscaria qualquer chance de se assegurar o bem comum da humanidade<sup>415</sup>.

Como contraponto, Vassilis P. TZEVELEKOS indica quatro formas de uso para o artigo 31 (3) (c) - responsável por introduzir à interpretação dos tratados o postulado de ‘integração sistêmica’ -, com base na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em um primeiro sentido, no qual a Corte enxerga outras normas como complementares à Convenção Europeia de Direitos Humanos, esta recorre ao dispositivo da CVDT com o fito de expandir o conteúdo da Convenção Europeia. Neste primeiro caso, o artigo 31 (3) (c) se presta a reforçar a teleologia do regime europeu para os direitos humanos. Porém, nesta situação o fenômeno da fragmentação não se afigura, de modo que o dispositivo não se prestaria a resolvê-lo. Nos casos de conflito, nos quais o fenômeno da fragmentação verdadeiramente é visível, o artigo 31 (3) (c) oferece pouca capacidade de solução, visto que por ‘integração sistêmica’ não basta a elucidação de um ‘ponto de contato’ entre as normas em conflito, mas o emprego de meios adicionais, sobretudo a proporcionalidade (balanceamento) e a consideração de obrigações *erga omnes*. A terceira hipótese se refere aos casos de lacuna no direito aplicado pela Corte, razão pela qual esta recorre ao direito internacional geral a fim de supri-las. Neste terceiro sentido, o autor diagnostica que a Corte tem silenciado sobre o dispositivo. O artigo 31 (3) (c), como já havia destacado TZEVELEKOS, foi aludido pela Corte de Estrasburgo para denegar sua jurisdição. Por fim, em um quarto sentido o dispositivo se prestou a evitar a fragmentação institucional – embora esta observação se faça a partir de um caso único, como bem alerta o autor, precisamente o caso “*Bosphorus*” -, indicando uma cortesia institucional<sup>416</sup>.

Como conclusão, TZEVELEKOS argumenta que o artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 terá o condão de promover a integração sistêmica caso a Corte Europeia de Direitos Humanos assim o queira, observação esta que pode ser estendida a outros tribunais. Há vários modos de aplicação do dispositivo, e a variação entre elas se dá a partir da balança de poder entre órgãos judicantes, porquanto há seletividade e discricionariedade em seu emprego, como nas normas as quais serão consideradas relevantes. Por outro lado, o autor indica que o dispositivo permite analisar o direito internacional como um todo, além de permitir um ativismo no avanço de objetos e

---

<sup>415</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 243 e 244.

<sup>416</sup> TZEVELEKOS, Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179; pp. 685 – 687.

propósitos de certos tratados, com especial atenção à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O dispositivo permite, ademais, que o direito internacional contenha dinamismo saudável, ao permitir evolução jurisprudencial sobre determinada matéria. Como último apontamento, TZEVELEKOS indica que as dificuldades de interpretação e aplicação do direito internacional não se resolvem sem a definição de prioridades<sup>417</sup>

---

<sup>417</sup> Idem; pp. 688 – 690.

## CONCLUSÃO

De modo algum pode-se compreender o relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas como uma visão segundo a qual a expansão e diversificação do direito internacional tenham minado a unidade ou a possibilidade de unidade desta dimensão do direito. O fenômeno da fragmentação não é tido pelo relatório nem como um esfacelamento do sistema jurídico internacional, nem mesmo como ameaças às suas unidade e coerência. Prova disto é a afirmação, contida na conclusão do capítulo sobre *lex specialis* e regimes autônomos, de que não há qualquer perigo sério à prática jurídica advindo de problemas de substância do direito internacional, já que a especialização e organização do estudo do direito em “ramos” é normal; e juízos associativos entre esferas especiais de operação normativa, estabelecendo-se relações de prioridade ou hierarquia, são comuns ao raciocínio jurídico. O relatório chega a afirmar que, sendo o fenômeno próprio da complexidade social e globalização as quais afetam o direito internacional, a inaptidão para lidar com tais influxos não expõe um problema do direito internacional, mas da criatividade dos juristas: o problema não residiria em sua “caixa de ferramentas” – para usar os termos do próprio relatório -, mas em sua imaginação sobre como utilizá-las<sup>418</sup>. Em seu desenvolvimento, o relatório incorpora aquilo que Bruno SIMMA considera ser o maior avanço na discussão acerca da fragmentação, consistente em não a tratar como imediata e essencialmente negativa, distanciando-se de visões que a tem como ameaça à unidade sistêmica do direito internacional, mas apenas tratando-a como “dificuldades” oriundas do maior grau de complexidade que o direito internacional assumiu. O próprio título dado ao relatório é expressivo disto, como também observa SIMMA, já que associa termos com conotações positivas e negativas – fragmentação e dificuldades; expansão e diversificação<sup>419</sup>. Já em seu título, inclusive - levando em consideração a crítica de MARTINEAU segundo a qual o debate é irrefragavelmente imbuído de ideologia e crítica, de modo que o termo “fragmentação” somente seja empregado pelos descontentes com o

---

<sup>418</sup> Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Op. Cit. Nota 9; pp. 114 e 115. “... the fragmentation of the substance of international law – the object of this study – does not pose any very serious danger to legal practice. It is as normal a part of legal reasoning to link rules and rule-systems to each other, as it is to separate them and to establish relations of priority and hierarchy among them. The emergence of new “branches” of the law, novel types of treaties or cluster of treaties is a feature of the social complexity of a globalizing world. If lawyers feel unable to deal with this complexity, this is not a reflection of problems in their “tool-box” but in their imagination about how to use it”.

<sup>419</sup> SIMMA, Bruno; Op. Cit. Nota 94.

projeto político em curso, ao que seus entusiastas titulam o fenômeno pelo termo “diversificação”<sup>420</sup> –, impende notar que o relatório faz uso das duas expressões, no claro ímpeto de se constituir nem como um relato sobre a erosão da unidade ou da coerência do sistema jurídico internacional, nem como afirmação de sua progressiva constitucionalização.

Com efeito, pode-se ver o relatório mais como um posicionamento a favor da sistematização e hierarquia do direito internacional – apesar das dificuldades - do que como um diagnóstico de fragmentação. Observa-se esta percepção do relatório na análise de Mads ANDENAS, para quem o relatório contém “ênfase forte do direito internacional enquanto sistema com hierarquia de normas”<sup>421</sup>. Este também é o entendimento de Eyal BENVENISTI, o qual analisa a concepção de direito internacional enquanto sistema jurídico e, entre a escola de estudiosos geralmente dos Estados Unidos da América os quais enxergam o direito internacional como um conglomerado de normas solitárias flutuantes no abismo da anarquia internacional e juristas alemães cujo esforço se empenha no sentido da criação de um sistema jurídico coerente, situa o relatório na segunda corrente, ao sugerir que qualquer conteúdo de direito internacional esteja ao alcance da CVDT e ao se apoiar sobre conceitos como *jus cogens* e obrigações *erga omnes*<sup>422</sup>. Enfaticamente, sobretudo no capítulo sobre *lex specialis* e regimes autônomos, o relatório sustenta existir um sistema de direito internacional do qual os estados jamais poderiam se apartar completamente – por motivos políticos, ponderou o relatório em diálogo com PAUWELYN, mas principalmente porque material e logicamente os regimes autônomos não têm condições de reinventar o mundo, valendo-se de conceitos historicamente enraizados, tais quais “jurisdição” ou “estado”, a fim de estatuir seus institutos jurídicos próprios -, apesar da ampla possibilidade de derrogação a partir da formulação de novas normas, especiais ou posteriores, multilaterais ou bilaterais.

A este respeito é imperioso notar que o relatório constitui um trabalho coletivo, o qual vislumbrou distintos posicionamentos. O fato de a defesa do direito internacional enquanto sistema estar mais presente no capítulo sobre *lex specialis* talvez se deva às variações de posicionamentos entre os próprios membros do grupo de estudo, o qual contemplou divisão de tarefas, e sobre o qual se pode compreender que há certa oscilação de narrativa. Não porque nos demais capítulos a fragmentação é vista como perniciosa e

---

<sup>420</sup> MARTINEAU, Anne-Charlotte; Op. Cit. Nota 9.

<sup>421</sup> ANDENAS, Mads; Op. Cit. Nota 98; p. 705.

<sup>422</sup> BENVENISTI, Eyal; *The Conception of International Law as a Legal System; German Yearbook of International Law*; Vol. 50; 2008.

irrecuperável, mas porque não parece haver ênfase tão forte na qualificação do direito internacional enquanto sistema coerente – acusando, inclusive, a falta de criatividade de juristas –, senão um levantamento menos incisivo sobre dificuldades e possibilidades. O capítulo correspondente à integração sistêmica, por outro lado, parece ser o que mais incorpora aspecto propositivo.

Fragmentação, constitucionalização, unidade e coerência são percepções sobre o direito internacional considerado em sua generalidade. Dificilmente se poderá, por isso, produzir um estudo que assimile todos os contornos dessas questões: inevitavelmente tal estudo implicará uma escolha de enfoque. Nesse passo, o relatório fez uma escolha clara de abordagem, centrando seus esforços no aspecto substantivo da fragmentação do direito internacional, o que significou ao relatório a análise de desenvolvimentos normativos os quais conduzem a um possível conflito de normas, como as consagradas dicotomias entre norma especial e geral, posterior e anterior, superior e inferior; além de contemplar um mecanismo interpretativo entendido como fator integrador das relações normativas. O relatório se ocupa de aliar considerações teóricas à análise de como tais dicotomias e a integração sistêmica foram assimiladas pelos tribunais internacionais a partir de suas decisões. Como consequência, grande parte das críticas feitas ao relatório se dá sobre tal escolha, sobretudo a exclusão da dimensão institucional do fenômeno da fragmentação.

Nesse prumo, críticas como a de Christian LEATHLEY e Nele MATZ-LÜCK foram reproduzidas neste trabalho. Para eles, o problema da fragmentação é manifestamente institucional, a solucionar-se a partir da estrutura organizacional e alocação de autoridades. LEATHLEY, segundo o qual inevitavelmente a Comissão de Direito Internacional terá de tratar futuramente do aspecto institucional do problema, aborda-o a partir da proposta de hierarquização de tribunais internacionais, a conferir-se à Corte Internacional de Justiça autoridade superior a partir de elementos já constantes do sistema jurídico internacional: o dever de integração sistêmica, a prioridade da Carta das Nações Unidas estabelecida em seu artigo 103, o fato de a Corte Internacional de Justiça ter sido criada pela Carta, a referência a esta prioridade feita pelo artigo 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969<sup>423</sup>. Por outro lado, MATZ-LÜCK entende que, conquanto a abordagem institucional implique análise sobre autoridade para decidir qual norma a ser aplicada, esta seria indispensável ao estudo da fragmentação, já que a integração de autoridades teria o condão

---

<sup>423</sup> LEATHLEY, Christian; Op. Cit. Nota 109.

de promover a desejada integração substantiva<sup>424</sup>. Outro ponto de vista também relevante a esta crítica foi a de Maksymilian DEL MAR, para quem, ao não tratar conflitos jurisprudenciais como tipo genuíno de fragmentação do direito internacional, o relatório erroneamente faz crer que normas têm existência separada de sua aplicação e argumenta, por isso, que o entendimento sobre raciocínio jurídico foi reduzido. Seu propósito foi, ao demonstrar contradições epistêmicas no relatório, oferecer meios alternativos de racionalidade jurídica, os quais levem em conta a realidade dos tribunais. O autor, inclusive, sugere uma nova agenda à CDI, a qual reveja o relatório tomando por base a inextricabilidade entre normas e sua adaptabilidade factual em contextos institucionais específicos<sup>425</sup>. Seria necessário produzir estudo empírico.

As críticas não se resumiram à exclusão do aspecto institucional. O relatório poderia tocar em tantos outros pontos, normativos mesmo, que teriam relevância para o exame da fragmentação do direito internacional. O princípio da boa-fé, por exemplo, poderia ser abordado como limitação ao poder dos estados em se desviarem de normas internacionalmente estabelecidas a partir da formulação de novas normas; Adamantia RACHOVITSA manifesta surpresa ao ver que no debate acerca das dificuldades sobrevindas da expansão e diversificação do direito internacional – fragmentação – não se tenha discutido a cláusula da proteção mais favorável aos direitos humanos, já que para ela esta cláusula aliviaria bastante tais dificuldades<sup>426</sup>. Talvez o estudo de como as fontes do direito internacional se relacionam com o tema seria igualmente apropriado.

O capítulo do relatório sobre *lex specialis* e regimes autônomos reúne observações as quais se relacionam com todo o tema da fragmentação do direito internacional. Note-se, por exemplo, as três possibilidades de conflito inclusas neste capítulo: divergência jurisprudencial, exceção ao direito geral, ou duas normas que se apresentam como especiais. As duas últimas se relacionam com o critério da especialidade, mas a primeira não necessariamente. Como esta abordagem é tratada neste capítulo, as críticas relativas à exclusão do aspecto institucional foram reproduzidas igualmente no capítulo correspondente. Também foram analisados debates que se centraram no diálogo entre órgãos judicantes do direito internacional: esta perspectiva não pode ser tida como impacto do

---

<sup>424</sup> MATZ-LÜCK, Nele; Op. Cit. Nota 111.

<sup>425</sup> DEL MAR, Maksymilian; Op. Cit. Nota 104; pp. 38 – 59.

<sup>426</sup> RACHOVITSA, Adamantia; *Treaty Clause and Fragmentation of International Law: Applying the More Favorable Protection Clause in Human Rights*; Human Rights Law Review; Vol. 16; 2016; pp. 78 e 79.

relatório propriamente, mesmo porque este se absteria de tecer maiores considerações a respeito do tema, mas foi importante esclarecer que esta discussão permanece viva e suscita interesse sob diversos ângulos, seja para analisar eventuais mecanismos de diálogo – como fez a Sociedade Americana de Direito Internacional -, seja para proclamar a necessidade de análise empírica sobre a realidade dos tribunais – como defendeu o professor George Rodrigo Bandeira GALINDO. A dificuldade encontrada pelo relatório, no aspecto institucional, é claramente a ausência de hierarquia entre instituições, da qual resultam incertezas jurídicas. Demonstrou-se, neste trabalho, ademais, que o ideal de hierarquia institucional, de modo que a Corte Internacional de Justiça venha a assumir o topo de dita hierarquia, ainda permanece como proposta de alguns estudiosos. De todo modo, ao longo desses dez anos decorridos da conclusão do relatório, observa-se que o debate não se resume a saber se o aumento do número de órgãos é nocivo ou não à unidade do direito internacional, senão houve proposições materiais e epistêmicas sobre o diálogo entre órgãos.

Sobre os aspectos técnicos de aplicabilidade de *lex specialis* não houve divergências fundamentais. Basicamente, o relatório sustenta que a máxima da preferência pela norma especial é relativa, dependerá do contexto no qual ambas as normas são invocadas e que a interpretação deve evitar o conflito normativo, de modo que o critério se aplique somente caso seja impossível a interpretação harmoniosa, conjunta. Sempre que se possa ler uma norma especial como sendo a aplicação de uma norma geral, a segunda deve ser entendida como contida na primeira. Por isso, o relatório adota uma postura crítica à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos a qual, conforme indicam alguns casos, procura selecionar uma norma a ser aplicada e excluir outras possíveis, em vez de relacioná-las.

O estudo de *lex specialis* no direito internacional, porém, suscita questões sobre interseções temáticas. Relevante foi a opinião de Bill BOWRING sobre a relação entre direitos humanos e direito humanitário, bem como sua crítica às decisões da CIJ acerca da não cessação dos direitos humanos em caso de conflito armado, de modo que as disposições do direito humanitário sejam *leges speciales* em relação aos direitos humanos. Para ele, circunstâncias especiais do caso invocam uma ou outra categoria de normas. Ponderado foi, inclusive, se há benefícios na descrição de um “ramo” do direito internacional como *lex specialis* em relação a outro e particularmente no caso dos direitos humanos os quais, dado seu conteúdo eminentemente axiológico, poderiam ser tidos não como norma geral, mas como pilar do sistema jurídico internacional, de modo que condicione toda sua

inteligibilidade. Neste caso seria possível conceber os direitos humanos tal qual os entende Pedro de Abreu DALLARI, para quem eles constituem mais do que especialidade temática senão verdadeiro fator estruturante do sistema jurídico internacional<sup>427</sup>.

Sobre a relação entre geral e especial, o relatório foi objeto de críticas. Anastasios GOURGOURINIS sustentou que o relatório não ofereceu definição precisa do que seria geral e especial. Para ele, a solução para este impasse seria distinguir normas pelo seu alcance, de modo que normas vinculantes a todos os membros da sociedade internacional devem ser tidas como gerais<sup>428</sup>. Para DEL MAR, o direito geral só poderia ser identificado por meio de estudo pragmático<sup>429</sup>. Por outro lado, Melissa Zekiye CALTI entende que o direito internacional, por sua organização em regimes, não permite distinguir o geral do especial<sup>430</sup>. A solução encontrada pelo relatório para este impasse foi sustentar que o geral e o especial têm caráter relacional: um só pode ser identificado em relação ao outro, o que dependerá do contexto no qual as normas serão invocadas.

Por outro lado, quando o relatório se põe a analisar a permissibilidade da formulação de uma norma especial, este se depara com um dos atributos o qual pode ser tido como dificuldade a acarretar fragmentação: o caráter dispositivo de grande parte do direito internacional. É evidente que a ausência de ampla e rígida hierarquia normativa no direito internacional é frequentemente apontada como condição problemática à unidade e coerência do direito internacional, e essa percepção permeia toda a elaboração do relatório. De todo modo, o relatório teve o mérito de apontar que a permissibilidade da elaboração de norma especial depende se a norma a ser preterida corresponde a *jus cogens*, obrigação *erga omnes*, ou se meramente a nova norma frustra expectativas de terceiros estados. A observância ao objeto e propósito do tratado o qual se pretende preterir deve ser, adicionalmente, levada em consideração. O relatório igualmente aponta que o critério da especialidade não guarda uma relação clara com o da posterioridade à luz da CVDT. Sobre todas essas afirmações, não foram encontradas contraposições posteriores.

Com efeito, maior controvérsia recai sobre a capacidade de os critérios de preferência normativa efetivamente solucionarem os problemas decorrentes da diversificação e expansão do direito internacional, sobretudo por conta de sua organização no que se

---

<sup>427</sup> DALLARI, Pedro de A.; Op. Cit. Nota 83.

<sup>428</sup> GOURGOURINIS, Anastasios; Op. Cit. Nota 201.

<sup>429</sup> DEL MAR, Maksymilian; Op. Cit. Nota 104.

<sup>430</sup> CALTI, Melissa Zekiye; Op. Cit. Nota 204.

convencionou chamar de ‘regimes autônomos’. Há posicionamentos de preferência por critérios em detrimento de outros, o que certamente se justifica na possibilidade de eles reverberarem na estabilidade do sistema jurídico internacional. Anthony AUST<sup>431</sup>, Bruno SIMMA e Dirk PULKOSKI<sup>432</sup> depositam no critério da especialidade a virtude de efetivamente resolver conflitos e assegurar o equilíbrio das relações internacionais. Por outro lado, a organização do direito internacional em categorizações temáticas causa ceticismo em alguns estudiosos – como GHOURI – sobre a capacidade do critério da especialidade promover a consistência do direito internacional<sup>433</sup>. O relatório toma, igualmente, a organização do direito internacional em regimes como dificuldade à aplicação do critério da especialidade, sobretudo quando aponta que as normas em conflito devem tratar do “mesmo assunto”, visto que obrigações são incluídas em distintas categorizações temáticas e afetam umas às outras, sem que propriamente se possa dizer que versam sobre um “mesmo assunto”.

A questão dos regimes autônomos, por seu turno, suscita intensa divergência de entendimento, desde sua definição. O relatório encontrou três possíveis sentidos para a expressão: conjunto de normas secundárias, conjunto de normas primárias e secundárias inter-relacionadas, e um ramo de especialização funcional que contenha normas próprias de administração, terminação e interpretação. O primeiro sentido no qual a expressão foi empregada, no caso “*S.S. Winbledon*”, fora tida pelo relatório como ocasional, por tratar-se de uma norma singular especial. Bruno SIMMA e Dirk PULKOWSKI<sup>434</sup>, seguidos por Anastasios GOURGOURINIS, entendem que a definição de regimes autônomos se dá a partir de subsistemas que contenham normas secundárias, de modo que não se recorra ao sistema geral de responsabilidade internacional do estado em caso de violação às normas primárias as quais as normas secundárias específicas prometem assegurar. Para GOURGOURINIS o abandono da dicotomia entre normas primárias e secundárias para fins de definição e operação de regimes foi um erro do relatório<sup>435</sup>; como contraponto, para George Rodrigo Bandeira GALINDO e Loussia Penha Musse FELIX houve acerto, por ter o relatório permitido que os estudiosos do direito internacional entendam que lidam com racionalidades sociais em constante colisão<sup>436</sup>. Nota-se, a partir disso, que o termo ‘regimes autônomos’ tanto pode ser empregado como tendo um valor normativo em si, por meio do

---

<sup>431</sup> AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 146.

<sup>432</sup> SIMMA, Bruno; PULKOSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125.

<sup>433</sup> GHOURI, Ali Ahmad; Op. Cit. Nota 116.

<sup>434</sup> SIMMA, Bruno; PULKOSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125.

<sup>435</sup> GOURGOURINIS, Anastasios; Op. Cit. Nota 201.

<sup>436</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse; Op. Cit. Nota 152.

qual se analisa a potencial aplicabilidade de outras normas sobre responsabilidade internacional que não estejam contidas no próprio regime; como pode ser empregado com abordagem sociológica para descrição do funcionamento da realidade social global e seu direito subjacente. De todo modo, também houve argumentos de que estudos empíricos e multidisciplinares devem ser produzidos para identificação do que sejam “regimes autônomos”<sup>437</sup>.

Ao tratar das condições para estabelecimento de um “regime autônomo”, o relatório concebe o que se pode entender como uma forte defesa do direito internacional como sendo um sistema jurídico. Além de esclarecer restrições aos regimes autônomos – aquelas impostas à formulação de normas especiais -, e o recurso ao direito internacional geral em caso de lacuna, o relatório levanta uma série de casos em diferentes domínios nos quais os órgãos judicantes extraíram de conceitos jurídicos pertencentes ao direito internacional geral razões para a interpretação dos instrumentos os quais têm atribuição primária de aplicar. Demonstrou-se que os regimes autônomos não possuem normas específicas sobre conteúdos como “estado”, “jurisdição”, entre outros. O estudo ganha adeptos como Regis Yann SIMO<sup>438</sup>, a procurar demonstrar que o completo isolamento de conteúdos jurídicos organizados em categorias temáticas específicas inexistem. No entanto, se o relatório enfatiza e levanta casos em que houve relação de normas, e, por exemplo, no caso do direito do comércio internacional, produz tese jurídica a qual autoriza a aplicação da CVDT e, como consequência, habilita a aplicação de quaisquer normas internacionais de relevância; o relatório igualmente reconhece que isso não exclui existir um ‘ethos’ da OMC: novamente, o relatório parece ponderar a existência de racionalidades sociais especializadas as quais se chocam em casos específicos. O reconhecimento de racionalidades sociais – ‘ethos’ que inspiram os diferentes regimes – parece moderar a defesa do relatório do direito internacional enquanto sistema. Possivelmente, seja esta uma “dificuldade”, encontrada pelo relatório, decorrente da expansão e diversificação do direito internacional.

No tocante à discussão sobre regionalismo, o relatório limita-se a indicar que sistemas jurídicos regionais devem obedecer a mesma lógica dos regimes autônomos, jamais constituindo-se como sistemas isolados. O relatório sustenta, igualmente, que o desenvolvimento de ditos sistemas pode vir a carrear os propósitos estabelecidos pelo direito internacional geral. Os argumentos do relatório foram relacionados a outros escritos os quais

---

<sup>437</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira; Op. Cit. Nota 81.

<sup>438</sup> SIMO, Regis Yann; Op. Cit. Nota 185.

analisam a paradoxal relação entre direito geral e local: no campo comercial, por exemplo, alguns posicionamentos indicam prejuízos ao sistema multilateral, ao mesmo tempo que a flexibilidade e a sensibilidade a condições particulares de seus membros podem ter efeitos benéficos para o almejado fim a restrições comerciais. Alguns expedientes foram tidos como gozando de especial importância: a cooperação e os diferentes níveis de participação de membros no sistema de comércio, a cláusula da nação mais favorecida e o mecanismo de transparência sobre acordos regionais o qual o sistema multilateral conta. Permanece, segundo se conclui da participação de Gabrielle MARCEAU em debate promovido pela ASIL, a preocupação com a alocação de autoridades no direito internacional, a qual a autora articulou em atenção ao Caso das Restrições às Bebidas Açucaradas entre o México e os Estados Unidos da América, no qual a despeito da existência de normas regionais que seriam relevantes ao caso, a contenda foi decidida pelo sistema multilateral da OMC<sup>439</sup>. Ao longo desses dez anos de conclusão do relatório, outros escritos também se ocuparam de tratar da relação entre direito regional e geral sobre temas específicos, como foi a preocupação de Markus G. PUDER sobre se o direito regional poderia ser considerado “boa notícia” ao direito ambiental: o princípio da precaução, por exemplo, deve ser visto como vinculante no direito europeu; embora possa ser visto como não vinculante no sistema de direito internacional geral. Mas, a partir do caso da usina de MOX, o autor observa que o direito europeu só será benefício ao ambiente caso a integração europeia assim o faça com que seja<sup>440</sup>.

Pelo que se observa, não houve profunda contestação sobre as observações do relatório acerca do regionalismo. Talvez porque tais observações acabem por simplesmente submeter o regionalismo aos mesmo termos que toda a discussão sobre *lex specialis* e regimes autônomos, não desenvolvendo questionamentos exclusivos ao tema. Há quem entenda que as impressões do relatório, sobre regionalismo, sejam limitadas demais.

Como dito, no capítulo correspondente a *lex specialis* e regimes autônomos, o relatório lança mão de argumentos os quais denotam forte senso do direito internacional enquanto sistema. Tal constatação fica ainda mais evidente ao ler sua conclusão, tendo em vista que o relatório sustenta que os regimes estão vinculados ao direito internacional geral, que aqueles extraem sua força vinculante deste, que a validade normativa dos regimes é absorvida dos princípios gerais do direito internacional, além de o direito internacional geral

---

<sup>439</sup> MARCEAU, Gabrielle; Op. Cit. Nota 221.

<sup>440</sup> PUDER, Markus G.; Op. Cit. Nota 223.

ser aplicado em caso de lacuna ou falha do regime, bem como orienta sua interpretação; chega a defender, aliás, que o direito internacional geral controla a aplicação dos regimes, determinando qual regime deve prevalecer, ou, ao menos, estabelecendo consequências jurídicas pela escolha de um ou outro regime.

Em sua discussão sobre tratados sucessivos e critério da posterioridade, o relatório demonstra que há dificuldades na aplicação do critério, tal qual previsto pela CVDT. A CVDT não esclareceria o momento que o tratado deve ser considerado anterior ou posterior, tampouco esclareceria como este deve lidar com a máxima da especialidade. O aspecto horizontal das normas de direito internacional e o fato de ratificação a um tratado depender da aceitação do estado parecem ter sido lembrados pelo relatório ao vislumbrar uma possibilidade que colocaria intensas dúvidas à relação entre normas sucessivas: se for considerada a ratificação como termo para aplicação do critério da posterioridade; e caso uma parte, em eventual litígio, tenha ratificado um e outro tratado, ao que a parte contrária os tenha ratificado na ordem inversa, esta situação se torna insolúvel. Novamente, o relatório parece ter se deparado com a horizontalidade do direito internacional como “dificuldade” decorrente sua diversificação e expansão: a ausência de um processo legislativo centralizado traria consequências dificultosas à relação entre normas em relação ao tempo.

O relatório postula a não automaticidade da aplicação do critério da posterioridade, na medida em que se analise se as normas sucessivas podem ter aplicação sob o princípio da harmonização; devendo-se igualmente apreciar se a substituição do padrão normativo fora intencionada pelas partes; assim como, em caso de litígio, entre o critério da especialidade e posterioridade, um órgão pode decidir qual elemento seria mais decisivo para a solução do litígio, assim como pode decidir pela não aplicação de quaisquer deles. Por certo que, assim como a norma especial, a norma derogadora posterior necessariamente deve gozar do mesmo status normativo que a norma derogada.

Ademais, o relatório pontua que há situações de não identidade entre as partes do tratado anterior e posterior, de modo que subsistam diferentes direitos dependendo das partes ou conjunto delas. Neste ponto, foi relembra a visão de JENKS segundo a qual o fato de nem todos os estados participarem da revisão de tratados poderia se traduzir em inconsistências sistêmicas no direito internacional. Além disso, o relatório afirma que o critério da posterioridade tem sido aplicado em contexto complexo de conjuntos normativos: tais conjuntos podem ser arbitrariamente categorizados de modo que, embora suas

disposições prevejam obrigações que impactam obrigações contidas em outro instrumento, não sejam considerados como tratando do “mesmo assunto”. Talvez o critério da posterioridade dependa de certa linearidade conceitual nas previsões dos tratados sucessivos.

O relatório apura, inclusive, que ao longo da história do estudo do direito internacional houve manifesta preferência pela norma anterior ou posterior. O direito internacional parece oscilar, conforme se colocou, entre o entendimento de que uma nova norma corresponda a um padrão normativo a substituir o anterior ou a uma violação ao primeiro. Para todas essas questões, o relatório defende a apropriada distinção entre obrigações, reconhecendo-se obrigações “integrais” e “interdependentes” como forma de atribuir consistência ao direito internacional.

Neste ponto, não houve críticas à abordagem do relatório, senão certo ceticismo sobre a capacidade de o critério da posterioridade promover coerência à relação entre normas, como foram os posicionamentos, tratados neste trabalho, de Ahmad Ali GHOURI, bem como de MICHAELS e PAUWELYN<sup>441</sup>. Para GHOURI, a relação entre normas sucessivas, já que não tratada em termos de validade jurídica, se dá pelo princípio da decisão política, de modo que discricionariamente o estado pode escolher qual tratado cumprir e, nestes termos, o critério seria completamente incapaz de solucionar conflitos normativos<sup>442</sup>.

Contudo, mais controvertida é a questão sobre o que pode ser considerado como o “mesmo assunto”, para fins de aplicação do critério da posterioridade. O relatório se filia à corrente a qual entende que duas normas tratam do “mesmo assunto” caso os direitos e obrigações nelas contidas não possam ser atendidos ou desfrutados simultaneamente de maneira integral. Não há exigência – como entenderia a vertente estrita – de que as normas se dirijam a uma mesma hipótese, com certa linearidade conceitual e contextual. Adarsh RAMANUJAN observa que o relatório adere a esta corrente ao denunciar a possível arbitrariedade na classificação de complexos normativos a partir de suas categorizações temáticas, e saúda a perspectiva do relatório<sup>443</sup>. Dada a organização dos conteúdos jurídicos internacionais em categorias de operação técnica específicas, a visão estrita sobre o que seja “mesmo assunto” praticamente invalidaria a aplicação do critério. Por outro lado, a extensão do que possa ser tido como “mesmo assunto” pode acarretar em dispensa de importantes

---

<sup>441</sup> PAUWELYN, Joost; MICHEALS, Ralf; Op. Cit. Nota 146.

<sup>442</sup> GHOURI, Ali Ahmad; Op. Cit. Nota 117.

<sup>443</sup> RAMANUJAN, Adarsh; Op. Cit. Nota 256.

normas internacionais. O relatório parece amenizar este risco ao proclamar a relatividade da aplicação do critério da posterioridade, condicionando-o a outros fatores, como a intenção das partes, o atendimento aos objeto e finalidade dos tratados, defendendo a apropriada distinção entre obrigações “integrals” e “interdependentes”, bem como ao sustentar que, entre norma anterior e posterior, há uma relativa prioridade pela última, quando as partes sejam idênticas, de modo que sua relação não se conceba em termos de validade jurídica.

Sobre cláusulas especiais que cuidam da relação com outros tratados, não foram identificadas objeções aos termos do relatório, senão a declaração de suas pertinências em um terreno de imensas dúvidas. Estas ajudam a esclarecer como os tratados devem ser entendidos em relação uns aos outros. Apontado foi, por outro lado, a opinião de PAUWELYN e MICHAELS, no sentido de que os tratados, quando anunciam sua prevalência em relação aos outros, demonstram sua não isenção frente a outros regimes. Para os autores, é o que se dá no artigo 103 da Carta das Nações Unidas<sup>444</sup>.

No tocante à modificação de tratados multilaterais por acordos *inter se*, o relatório faz apelo à preservação dos objeto e propósito do tratado original, sob inteligência do artigo 41 da CVDT. Apesar deste parâmetro, este entende que, à semelhança das reservas a tratados, os acordos *inter se* acabam por acarretar a relações jurídicas distintas. Entretanto, a discussão sobre modificação de tratados contemplou estudo sobre a não-proliferação de armas de destruição em massa, tal qual tratada por Malgosia FITZMAURICE e Panos MERKOURIS, os quais ponderam a possibilidade de regimes especiais estabelecerem normas específicas sobre modificação e emenda a tratados, de modo que a CVDT não se aplique<sup>445</sup>. A possibilidade de derrogação da CVDT, pelo que se apurou, não foi objeção aos argumentos do relatório. Sua possibilidade pode vir a relativizar a confiança depositada pelo relatório à CVDT como referência básica para a coerência sistêmica do direito internacional.

Já sobre seu estudo de relações de maior importância normativa, *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas, novamente o aspecto horizontal e dispositivo do direito internacional foi salientado. Sobre o artigo 103 da Carta das Nações Unidas, esclareceu-se a visão de PAUWELYN e MICHAELS<sup>446</sup>, os quais situam o dispositivo no mesmo plano que outras normas contidas em tratados as quais declaram a

---

<sup>444</sup> PAUWELYN, Joost; MICHAELS, Ralf; Op. Cit. Nota 146.

<sup>445</sup> JOYNER, Daniel H.; ROSCINI, Marco (Ed.); Op. Cit. Nota 295.

<sup>446</sup> PAUWELYN, Joost; MICHAELS, Ralf; Op. Cit. Nota 146.

superioridade de suas disposições. Para outros autores – AUST<sup>447</sup>, MILANOVIC<sup>448</sup> -, o artigo 103 revela o caráter inigualável, em termos de importância, da Carta das Nações Unidas.

Com efeito, especificamente sobre o artigo 103, o relatório aponta que há dificuldades em saber se sua prevalência abrange não membros das Nações Unidas, ou mesmo se ela se impõe a todas as fontes do direito internacional. Também sobre o dispositivo, esclareceu-se que este tem uma especial relação com o tema das sobreposições jurisprudenciais, em particular a afamada rivalidade de entendimentos entre a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, visto que a prevalência do artigo 103 da Carta das Nações Unidas se estende às resoluções do Conselho de Segurança e, ao que a CIJ foi criada pela Carta, o Tribunal foi criado por resolução do Conselho. Interessantemente, CANNIZZARO<sup>449</sup> se adianta ao problema, ao defender que o Conselho de Segurança não tivera a intenção de conferir autoridade superior ao Tribunal sobre a interpretação da Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio. De todo modo, cumpre esclarecer que a CIJ, no *Caso Relativo à Aplicação da Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, abordou a relação entre órgãos e suas respectivas jurisprudências, não sob o ponto de vista da autoridade superior para decidir, mas a partir da delimitação da esfera de jurisdição do Tribunal, o qual não poderia ser persuasivo sobre o julgamento de estados – sobre outros pontos sim - já que a atribuição do Tribunal é julgar indivíduos.

Sobre *jus cogens*, sua capacidade de solucionar conflitos normativos é geralmente referida como dificultosa, já que, como se demonstrou, para grande parte dos estudiosos de direito internacional, seu conteúdo é extremamente limitado (MILANOVIC<sup>450</sup>), ou como indicou o relatório não há uma lista de normas imperativas que se imponha com autoridade. Para alguns autores, o conteúdo de *jus cogens* é “pouco e opaco” (SIMMA e PULKOWSKI<sup>451</sup>).

Por sua vez, o estudo do relatório sobre as obrigações *erga omnes* contém um único foco de controvérsia: o relatório diferencia *jus cogens* de obrigações *erga omnes*, por ser *jus*

---

<sup>447</sup> AUST, Anthony; Op. Cit. Nota 147.

<sup>448</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota 315.

<sup>449</sup> CANNIZZARO, Enzo; Op. Cit. Nota 328.

<sup>450</sup> MILANOVIC, Marko; Op. Cit. Nota. 315.

<sup>451</sup> SIMMA, Bruno; PULKOSKI, Dirk; Op. Cit. Nota 125.

*cogens* questão de importância – expressam-se valores jurídicos mais fortes – e as obrigações *erga omnes* questão de abrangência – envolve maior número de participantes. Vassilis P. TZEVELEKOS criticou o relatório por apresentar visão conservadora sobre o tema, uma vez que o aspecto procedimental – autorizando qualquer estado a reclamar o cumprimento das obrigações *erga omnes* – só pode ser explicado por aspecto substantivo, entendendo-se que tais obrigações incorporam valores considerados de maior importância no sistema jurídico internacional<sup>452</sup>.

Por outro lado, o estudo a respeito do mecanismo de integração sistêmica do relatório apresenta alguns interessantes e pertinentes focos de discussão. A começar que nos debates na Comissão, convencionou-se não referir ao mecanismo como sendo um “princípio”, preferindo-se a expressão “objetivo”. Curiosamente, a versão final do relatório faz menção a “princípio da integração sistêmica”. Na primeira discussão do grupo de estudo sobre integração sistêmica, cuja análise inicial foi produzida por William MANSFIELD, entendeu-se que o dispositivo da CVDT não teria o condão de solucionar os problemas decorrentes da fragmentação, uma vez que, sendo um recurso eminentemente interpretativo, este só se aplicaria caso um tratado apresentasse qualquer lacuna ou ambiguidade. Certamente, o grupo superou este entendimento, ao verificar que as possibilidades de interpretação previstas no artigo 31 da CVDT diferenciam-se das previstas no artigo 32: o primeiro trata da interpretação de tratados e, entre outros meios, anuncia a possibilidade de considerar qualquer regra relevante e aplicável entre as partes; o segundo trata de meios suplementares de interpretação, caso tenha resultado obscuridade ou ambiguidade, ou ainda se o resultado é absurdo ou desarrazoado. Nota-se que os meios previstos no artigo 31 da CVDT são formas primárias de interpretação de tratados.

Entretanto, remanesce a dúvida sobre se a integração sistêmica serve à interpretação dos termos de um tratado ou de um dispositivo particular, identificando seu sentido ao relacioná-los a outros conteúdos que sejam relevantes e aplicáveis às partes, ou se é um dever jurídico de aplicação e interpretação do direito internacional como um todo. Ao tratar o mecanismo por “princípio”, bem como ao sustentar que o dispositivo não esclarece qual o peso a ser conferido às outras regras relevantes e aplicáveis às partes para fins de oportunizar o sopesamento entre normas, o relatório faz clara opção pelo segundo sentido: seria um dever jurídico de aplicação de todas as normas que se relacionam ao caso, inclusive indicando qual

---

<sup>452</sup> TZEVELEKOS; Vassilis P.; Op. Cit. Nota 179.

o peso a ser atribuído a cada qual. Esta opção fica clara ao que o relatório argumenta que o dispositivo da integração sistêmica aponta para a necessidade de se compreender o ambiente normativo como um todo, absorvendo deste objetivos compreensíveis e coerentes, inclusive identificando conteúdos os quais devam ser tidos por prioritários. Esta perspectiva seria objeto de reações.

Vassilis P. TZEVELEKOS criticou o relatório por ter deixado de compreender o artigo 31 (3) (c) como método interpretativo, mas como verdadeiro princípio jurídico o qual impõe um dever de consideração de todo o ambiente normativo. O autor indicou diversos usos ao dispositivo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, inclusive para fins de afirmar sua jurisdição – em alguns casos declinando-a -, ou com o fito de conferir interpretação extensiva aos direitos humanos. A consideração do ambiente normativo como um todo é um benefício apenas secundário, para o autor<sup>453</sup>.

Essa discussão, como bem se demonstrou, leva ainda a um segundo questionamento: se a integração sistêmica pode ser entendida como correspondente ou mesmo como viabilizadora da técnica de balanceamento. Apontou-se, neste sentido, a posição de Anne VAN AAKEN, para quem a integração sistêmica deve contemplar princípios gerais do direito e princípios de direito internacional, com o fito de oportunizar esta técnica a qual é o segundo meio mais eficaz de promoção da coerência sistêmica, perdendo apenas para uma rígida hierarquia de normas. A autora diferenciou “integração sistêmica” da “técnica de balanceamento”, ao sustentar que a primeira indica “quais” normas devem ser consideradas, ao que a segunda trata de “como” devem ser consideradas<sup>454</sup>. Guilherme DEL NEGRO, por seu turno, criticou a abordagem do relatório por confundir integração sistêmica com balanceamento: para ele, o balanceamento não é sequer método interpretativo, a ser empregado caso, mesmo após a interpretação, permaneça o conflito, de modo que obrigue o intérprete a fazer uma escolha entre elementos válidos do sistema sobre os quais se deva definir prioridades<sup>455</sup>.

No transcurso desses dez anos, houve algumas revisões de posicionamentos. Joost PAUWELYN, a quem o relatório confiara para dizer que os estados, embora possam derogar parte ou todo – ressalvado *jus cogens* - o direito internacional, mas jamais se apartar

---

<sup>453</sup> Idem.

<sup>454</sup> VAN AAKEN, Anne; Op. Cit. Nota 379.

<sup>455</sup> DEL NEGRO, Guilherme; Op. Cit. Nota 413.

do sistema de direito internacional<sup>456</sup>, escreveu, juntamente com Ralf MICHAELS, artigo sustentando que nem todo o direito internacional pode ser tido como sistema, de modo que a solução de conflitos normativos seja bem menos importante do que acreditou a CDI: bastaria que o relatório deduzisse que, nos campos onde o direito internacional pode ser entendido como sistema, adotam-se os critérios de derogabilidade normativa; no entanto, em casos que tal entendimento não seja possível, adotam-se soluções próprias para relações inter-sistêmicas, como são as normas de direito internacional privado<sup>457</sup>.

Pode-se dizer que o relatório produziu três tipos de impacto: (1) uma vez que ele aborda questões conceituais e aplicação de dispositivos centrais ao debate da coerência sistêmica do direito internacional, seu estudo é referido por autores os quais, procurando produzir literatura sistematizadora sobre os institutos tratados pelo relatório, coletam argumentos por ele articulados. Embora não tenha a intenção direta de constituir estudo dogmático, senão indicar dificuldades e edificar um guia para lidar com a fragmentação, este pode ser analisado para esses fins. Neste primeiro sentido o impacto do relatório é relativo: no caso do estudo ao direito dos tratados, pode-se recorrer ao relatório como fonte extremamente instrutiva sobre institutos previstos na CVDT, sem que tal passagem seja obrigatória. Foi o que ocorreu com a obra brasileira vocacionada a comentar a CVDT, a qual o relatório foi mencionado nos comentários a certos dispositivos, não recebendo, porém, atenção em relação a outros dos quais o relatório também tratou<sup>458</sup>; (2) diante de toda a discussão a respeito de fragmentação e coerência sistêmica no direito internacional, há um louvável esforço de busca por interseções temáticas, de modo que estudiosos, escrevendo sobre domínios específicos de operação jurídica do direito internacional, procuram relacioná-los a outros conteúdos de direito internacional. O relatório, neste caso, recebe menções ao se entender que a compartimentação dos “ramos” do direito internacional deva ser rebatida com análises associativas entre tais direcionamentos, sob pena de haver fragmentação. Igualmente, neste segundo sentido, o impacto é ocasional e indireto, já que é possível entender que a busca pelo ponto de contato entre categorias jurídicas não tenha sido inaugurado pelo relatório, embora seu estudo tenha se tornado pertinente, neste ponto, após sua conclusão; (3) o estudo contido no relatório, por fim, impacta, como não poderia deixar de ser, na discussão sobre constitucionalismo, unidade, fragmentação, coerência sistêmica e solução de conflitos normativos. Neste ponto, seu estudo se dá para discussão dos próprios

---

<sup>456</sup> PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 195.

<sup>457</sup> MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; Op. Cit. Nota 146; p. 375.

<sup>458</sup> SALIBA, Aziz Tuffi (org.); Op. Cit. Nota 300.

temas aos quais o relatório se dedica, e estudiosos o menciona, seja para criticá-lo, seja para extrair dos termos do relatório a racionalidade de suas abordagens e desenvolvimento teórico.

Porém, dificilmente se pode dizer que houve alteração das circunstâncias as quais desencadearam o debate sobre unidade, fragmentação ou coerência do direito internacional. Sean D. MURPHY avalia o impacto do relatório sete anos após sua conclusão. Diz que este fora amplamente citado por estudiosos do direito internacional, e também muito criticado, sobretudo por ter excluído a questão da relação entre instituições internacionais de sua análise. Outros teriam criticado o relatório por tentar promover ‘integração sistêmica’ entre um tratado contemporâneo e um antigo - como as tentativas de interseção entre o direito humanitário e direitos humanos, as quais no presente trabalho se fizeram representar pela a opinião de Bill BOWRING -, além de críticas pontuais a certas afirmações. O autor salienta, inclusive, os numerosos esforços de esclarecimento da interseção entre “ramos” do direito internacional, com particular impacto sobre os estudos acerca dos direitos humanos, direito humanitário e direito dos investimentos estrangeiros. O relatório corresponde a uma fonte importante para o estudo de conflitos específicos, envolvendo o direito ambiental e direito do comércio internacional<sup>459</sup>.

A seguir, MURPHY faz indagação interessante: se o relatório constitui uma confirmação ou uma traição aos trabalhos de Martti KOSKENNIEMI. Sobre a identificação do relatório de antinomias, haveria afinidade com as percepções de KOSKENNIEMI sobre a pós-modernidade. Por outro lado, argumenta MURPHY, que a visão do relatório de que o direito internacional constitua um único sistema e não uma coleção aleatória de normas, além da impressão de que há graus maiores ou menores de hierarquia normativa, não apresenta correspondência nos trabalhos de KOSKENNIEMI, visto que em grande parte dos trabalhos deste há uma noção de que o direito internacional é um sistema sem hierarquias e, portanto, não oferece meios de solução de conflitos internos. Por exemplo, os conflitos envolvendo os direitos humanos não são meramente interpretativos na visão de KOSKENNIEMI, mas obedecem a inteligibilidade específica, sob pressupostos e valores próprios. Diz, ainda, em atenção ao trabalho de MICHAELS e PAUWELYN, que o relatório foca em conflitos entre

---

<sup>459</sup> MURPHY, Sean D.; *Deconstructing Fragmentation: Koskenniemi's 2006 ILC Project*; *Temple International & Comparative Law Journal*; Forthcoming; GWU Law School Public Law Research Paper nº 2013-109; 14 de Junho de 2013.

normas e, assim, perde a oportunidade de estudar conflitos entre sistemas jurídicos, os quais seriam regulados por mecanismos próprios do direito internacional privado<sup>460</sup>.

Com efeito, MURPHY argumenta que o relatório deixou de abordar temas importantes ao conflito normativo, mormente técnicas de negociação, cooperação e coordenação. O relatório não seria propenso a tratar de competição entre interesses diversos que operam por meio dos diferentes regimes. Por outro lado, pudera o relatório abordar temas como a conveniência das competições jurisprudenciais, mas decidiu insistir na descrição do direito internacional público como um sistema coerente. Além disso, especificamente sobre a questão do regionalismo, o relatório não é satisfatório ao esclarecer o fenômeno e sua relação com a questão da fragmentação, apenas descrevendo-o como uma forma de *lex specialis*; o que não posiciona o regionalismo como um rico contexto cultural e normativo. Outro ponto de contraste, são as suspeitas de KOSKENNIEMI em relação ao desenvolvimento técnico o qual anima as diferentes esferas operacionais de normatividade no direito internacional. O relatório parece manter o discurso técnico-jurídico e se filiar à mentalidade gerencial<sup>461</sup>.

Esta é uma observação interessante de MURPHY. Talvez, o relatório não ofereça adesão ao pensamento de KOSKENNIEMI, por ter o relatório dado resposta extremamente técnica a um problema que, para KOSKENNIEMI, a técnica ajudou a criar.

Por fim, MURPHY questiona a importância do relatório para a codificação e sistematização do direito internacional público. Neste ponto, o relatório conclama maior atenção a normas que tratem de conflito normativo; faz importante diferenciação de relação de normas dentro de um regime ou entre regimes; indica que futuros trabalhos devem ser realizados para a compreensão do que seja direito internacional geral. Diz MURPHY que futuros relatórios são esperados: novos estudos sobre as questões tratadas pelo relatório, mas, espera o autor, que outros tópicos sejam abordados, incluindo conflitos de jurisdições ou a relação entre direito internacional e direito interno<sup>462</sup>.

Tomer BROUDE também avalia a atualidade do relatório após transcorridos sete anos de sua conclusão. Para ele, a única coisa interessante que ocorreu desde a conclusão do relatório foi o falecimento do debate acerca da fragmentação. Apesar de a fragmentação

---

<sup>460</sup> Idem; pp. 300 – 302.

<sup>461</sup> Ibidem; pp. 302 e 303.

<sup>462</sup> Ibidem; pp. 304 – 307.

ainda estar viva, aduz o autor, o fenômeno foi normalizado – aceito, como politicamente inevitável e interpretativamente manejável - e não considerado como potencial ameaça ao direito internacional enquanto sistema. Diz ele que agora fomos engorajados a parar de temer a fragmentação e passar a amá-la, ou mesmo pensar além dela<sup>463</sup>.

Se esta proposição estiver correta, o impacto do relatório teria sido esmorecer a efervescência do debate sobre fragmentação. Possivelmente, a discussão tenha se tornado mais complexa diante da densidade da argumentação do relatório. Neste caso, o que se põe como possibilidade é que a fragmentação tenha se tornado mais dificilmente demonstrável a partir do estudo do relatório, não porque este tenha recusado sua realidade, senão porque, agora, tornou-se mais problemática a demonstração do que seja, efetivamente, a fragmentação. Isso será verdade se a perspectiva do relatório, da fragmentação como dificuldades – e não impossibilidades - sobrevindas da expansão e diversificação do direito internacional, tenha sido extremamente convincente para que estudiosos possam continuar a abordar o fenômeno como um processo necessariamente negativo. Representativa desta proposição seja, certamente, a perspectiva da obra *“Non-Proliferation Law As a Special Regime – A Contribution to Fragmentation Theory In International Law”*. Ao introduzi-la, Daniel H. JOYNER e Marco ROSCINI, tomam a fragmentação como um risco, mas não à credibilidade e efetividade do direito internacional, senão um risco de aumento de conflitos normativos e incompatibilidades sistêmicas, abordagem esta ambasada no relatório. Ademais, os autores esclarecem que o propósito da obra é avaliar se o “direito de não-proliferação” constitui um regime especial – proclamando que regimes autônomos não existem, pelas próprias razões do relatório – e em que medida se estende a especialidade. Para tanto, recorrer-se aos dispositivos da CVDT, inclusive para se compreender limitações ao direito dos estados em se desvincularem das normas vigentes sobre não-proliferação de armas de destruição em massa<sup>464</sup>. Trata-se de obra a qual adere os pressupostos e argumentos do relatório, trazendo-os à análise específica sobre as implicações ao direito de não-proliferação.

Nesta linha, fragmentação ainda seria vista como um problema, mas não como um risco imposto à estabilidade do sistema jurídico internacional. Fragmentação seria dificuldade em se promover a coerência, e um certo dever da sociedade internacional de

---

<sup>463</sup> BROUDE, Tomer; *Keep Calm and Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law*; *Temple International & Comparative Law Journal*; Vol. 27; nº 2; 1 de maio de 2013.

<sup>464</sup> JOYNER, Daniel H.; ROSCINI, Marco (Ed.); Op. Cit. Nota 297; pp. 1 – 14.

dispensar atenção às possibilidades de solução ou coordenação de conflitos normativos. Neste sentido, a observação de BROUDE sobre o impacto do relatório parece ser verdadeira.

O estudo do relatório, possivelmente, remete a dúvidas maiores: e se o direito internacional ao se ocupar de solucionar potenciais conflitos normativos e, em nome de sua coerência, acabar por dispensar conteúdos jurídicos os quais seriam vitais para preservação de interesses da humanidade? Ou mesmo, caso se possa associar unidade a conservação do estado das coisas e fragmentação – diversificação ou pluralismo – a possibilidade de transformação, por que a conservação é melhor do que transformação? Aliás, essas discussões todas, que reconhecidamente lidam com ideais do direito internacional, caso o estudioso ainda venha a analisar a conveniência de um ou outro ponto de vista, necessariamente este terá de explicitar se unidade, independentemente de suas implicações, é sempre um objetivo a ser perseguido; se coerência e certeza jurídica são virtuosas por sí só e independem de outros fatores; se pluralismo é benéfico ou prejudicial e o quê o faz ser um ou outro; se fragmentação deva mesmo ser assim assimilada e se será, independentemente de seus contornos, pernicioso para as relações jurídicas internacionais. Outra dúvida que se impõe é se por fragmentação se entende um processo em curso, ou se é um momento do direito internacional a ser superado pelos esforços de sistematização.

Ademais, o estudo do relatório enseja dúvidas sobre se, entre fragmentação e coerência, deva haver conclusões absolutas por um ou outro; ou se também suas percepções não podem possibilitar gradações, de modo que se conclua que o direito internacional seja mais ou menos fragmentado, mais ou menos coerente. E um raciocínio correlato, o qual emerge deste questionamento, poderia levar o estudioso a questionar se, no embate entre constitucionalização e fragmentação, os dois fenômenos serão necessariamente excludentes – ou o direito internacional está diante de sua constitucionalização ou diante de sua fragmentação -, ou se ambos não podem ser reais conjuta e paradoxalmente. Do efeito identificado por BROUDE, algumas possibilidades exurgem: talvez tenha a discussão se tornado cansativa e sido levada a exaustão, o que é pouco provável; talvez o relatório tenha sido dotado de autoridade argumentativa de tal forma incisiva que o debate tenha esmorecido por reconhecimento dos acertados pontos de vistas do relatório; mas talvez, a discussão de um modo geral, incluindo o relatório, tenha sido conduzida à percepção de que há por trás de seus questionamentos básicos dúvidas ainda mais profundas, incluindo a possibilidade de realidades complexas contar com a convivência (pacífica?) de fenômenos antagônicos no mesmo espaço. Neste caso, a dificuldade aqui apontada se refere à reunião de bases

epistemológicas apropriadas para percepção e discussão do que se tem chamado de pós-modernidade. Essas são algumas possibilidades sobre o possível esmorecimento do debate, embora se possa dizer que a observação de BROUDE, caso correta, seja uma verdade relativa: há ainda estudiosos, vide LEATHLEY, que retratam a fragmentação como ameaça à unidade do sistema jurídico internacional.

De um jeito ou de outro, as bases materiais sobre as quais o debate se põe continuam presentes, para serem debatidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, Georges; *Fragmentation or unification: some concluding remark*; in *New York Journal of International Law and Politics* (1999).

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E; CASELLA, P.B.; *Manual de Direito Internacional Público*; Editora Saraiva; 19ª Edição; São Paulo/SP.

ANDENAS, Mads; *Reassertion and Transformation: From Fragmentation to Convergence in International Law*; *Georgetown Journal of International Law*; Volume 46; 2015.

AUST, August; *Modern Treaty Law and Practice*; *Cambridge University Press*; Second Edition; New York/2007.

BENVENISTI, Eyal; *The Conception of International Law as a Legal System*; *German Yearbook of International Law*; Volume 50; pp. 393 – 405; 2008.

BOWRING, Bill; *Fragmentation, lex specialis and the tensions in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*; *Journal of Conflict & Security Law* – Oxford University Press; 2010.

BROUDE, Tomer; *Keep Calm and Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law*; *Temple International & Comparative Law Journal*; Volume 27; nº 2; 1 de maio de 2013.

BUSCH, Marc L; *Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade*; in *International Organization*, Volume 61; 2007.

CALTI, Melissa Zekiye; *Methods of Norm Conflict Avoidance in International Law Applied to the Relationship Between Human Rights Law and Humanitarian Law: Fragmentation or Harmonisation? – The Applicability of Human Rights Treaties in The Context of Armed Conflicts*; Master thesis, University of Oslo, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; *The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights*; in *Journal of International Criminal Justice*; 2004.

CANNIZZARO, Enzo; *Interconnecting International Jurisdictions: a Contribution from the Genocide Decision of the ICJ*; *European Journal of Legal Studies*; Volume I; nº I; 2007; disponível em: <http://www.ejls.eu/1/5UK.pdf> (último acesso em 16.8.2016).

CASELLA, P. B; *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*; Editora Quartier Latin do Brasil; São Paulo – 2008.

CASSESE, Antonio; *International Law*; Oxford University Press; 2ª Edição; 2005.

CHARNEY, Jonathan I.; *Is International Law threatened by Multiple International Tribunals?*; in 271 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*; 1998.

Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; *Fragmentation of International Law: Difficults Arising From the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi* (A/CN.4/L.682); abril de 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/fil/fil.html> (último acesso em: 12.11.2016).

\_\_\_\_\_ ; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law* (A/CN.4/L.628); Agosto de 2002. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml) (último acesso: 12.11.2016).

\_\_\_\_\_ ; *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficults Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (A/CN.4/L.644); 18 de julho de 2003. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml) (último acesso: 12.11.2016).

DALLARI, Pedro B. de Abreu; *Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais*; Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Livre Docente; 2009.

DEL MAR, Maksymilian; *System Values and Understanding Legal Language*; Leiden Journal of International Law; Volume 21; 2008.

DEL NEGRO, Guilherme; “*The Weight of Obligations*”: *Systemic Integration, Balancing and Conflicts Of Legitimacy*; in *Fragmentação do Direito Internacional – Pontos e Contrapontos*; Arraes Editores; Belo Horizonte/MG – 2015.

DUPUY; Pierre-Marie; *L’unité de l’ordre juridique international*; in 297 *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye*; 2002.

FABRICOTTI, Alberta; *The Paradox of Multilateralizing Regionalism Through Flexibility*; in *Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture of International Trade Law As a System of Law*; American Society of International Law (2009).

FASSBENDER, Bardo; *The Meaning of International Constitutional Law*; in *Transnational Constitutionalism – International and European Perspectives*; Cambridge University Press; 2007.

FISHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther; *Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*; in *Michigan Journal of International Law*; Volume 25; nº 4; 2004.

FRIEDMANN; Wolfgang; *Mudança de Estrutura do Direito Internacional*; Editora Freitas Bastos; Rio de Janeiro/RJ; 1971.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; *Dialogando na Multiplicação: uma Aproximação*; *Revista de Direito Internacional*; *Brazilian Journal of International Law*; Volume 9; jul/dez – 2012.

\_\_\_\_\_ (Org.); *Introdução: Dialética Negativa?*; in *Fragmentação do Direito Internacional – Pontos e Contrapontos*; Arraes Editores; Belo Horizonte/MG – 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse; *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos vs. Irã) (24 de Maio de 1980)*; in *O Direito Internacional em Movimento: Jurisprudência Internacional Comentada – Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal*; João Henrique

Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior (Orgs.); Instituto Brasiliense de Direito Civil; Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional; Brasília – DF/2016 (disponível em: [https://www.academia.edu/28893710/O\\_Direito\\_Internacional\\_em\\_Movimento\\_Jurisprud%C3%A2ncia\\_Internacional\\_Comentada\\_-\\_Corte\\_Internacional\\_de\\_Justi%C3%A7a\\_e\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal](https://www.academia.edu/28893710/O_Direito_Internacional_em_Movimento_Jurisprud%C3%A2ncia_Internacional_Comentada_-_Corte_Internacional_de_Justi%C3%A7a_e_Supremo_Tribunal_Federal)). Último acesso: 2/1/2017.

GHOURI, Ahmad Ali; *Is Characterization of Treaties a Solution to Treaty Conflicts?*; *Chinese Journal of International Law*; Volume 11; pp. 247-280; 2012.

GOURGOURINIS, Anastasios; *General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System*; *The European Journal of International Law*; Volume 22; nº 4; 2011.

GUILLAUME, Gilbert; *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Outlook for the International Legal Order – Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations*; 2000. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> (Último acesso em: 29.9.2015).

HAFNER, Gerhard; *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*; in (849) *Michigan Journal of International Law*; Volume 25; 2003 – 2004.

\_\_\_\_\_ ; *Risks Ensuing From Fragmentation of International Law*; Syllabuses on Topics Recommended for Inclusion in the Long-Term Programme of Work of the Commission (A/55/10) -2000. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml) (último acesso: 12.11.2016).

JENKS, Wilfred; *El Derecho comum de la humanidad*; Editorial Tecnos; Madri – 1968.

\_\_\_\_\_ ; *The Conflicts of Law-Making Treats Treaties*; in *The British Year Book of International Law*; 1953.

JOYNER, Daniel H.; ROSCINI, Marco (Ed.); *Non-Proliferation Law As a Special Regime: a Contribution to Fragmentation Theory in International Law*; Cambridge University Press; 2012.

JUENGER, Friedrich K.; *Forum Shopping, Domestic and International*; in *Law Journal Library; Tulane Law Review*; 63 Volume; 1988 – 1999.

KINGSBURY, Benedict; *Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?*; *New York University Journal of International Law and Politics*; Volume 30; 1999.

KOSKENNIEMI, Martti; *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*; *Modern Law Review* – Volume 70; 2007.

\_\_\_\_\_ ; *International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism*; Canberra – 2006. Disponível em:  
[http://www.helsinki.fi/eci/Publications/talks\\_papers\\_MK.html](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/talks_papers_MK.html). (Último acesso em: 4.11.2016).

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi; *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*; *Leiden Journal of International Law*; 2002.

LAVRANOS, Nikolaos; *The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals*; *Law Journal Library Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Revi*; 2008.

LEATHLEY, Christian; *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?*; *New York University Journal of International Law and Politics*; Volume 40:259; 2007.

MATZ-LÜCK, Nele; *Structural Question of Fragmentation*; in *Fragmentation of International Legal Orders and International Law: Ways Forward?*; *American Society of International Law*; 2011.

MARCEAU, Gabrielle; *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*; in *Journal of World Trade*; Volume 30; 2001.

\_\_\_\_\_ ; *News From Geneva On RTAs And WTO-PLUS, WTO-MORE, And WTO-MINUS*; in *Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture Of*

*International Trade Law As a System of Law; American Society of International Law; 2009.*

MICHAELS, Ralf; PAUWELYN, Joost; *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law; Duke Journal of Comparative & International Law; Volume 22; Iss. 3; 349 – 376.*

MIKO, Samantha A.; *Norm Conflict, Fragmentation, and the European Court of Human Rights; Boston College Law School Review (1351); 2013.*

MILANOVIC, Marko; *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?; Duke Journal of Comparative & International Law; Volume 20; n° 1; 2009.*

MURPHY, Sean D.; *Deconstructing Fragmentation: Koskenniemi's 2006 ILC Project; Temple International & Comparative Law Journal; Forthcoming; GWU Law School Public Law Research Paper n° 2013-109; 14 de Junho de 2013.*

PAUWELYN, Joost; SALLES, Luiz Eduardo; *Tribunals: (Real) Concerns and (Im) Possible Solutions; Cornell International Law Journal; Volume 42; 2009.*

PAUWELYN, Joost; *Multilateralizing Regionalism: What About na MFN Clause In Preferential Trade Agreements?; in Multilateralizing Regionalism and The Future Architecture Of International Trade Law As a Systema Of Law; American Society of International Law; 2009.*

\_\_\_\_\_; *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law; Cambridge Studies in International and Comparative Law; 2003.*

PAVEL, Carmen; *Normative Conflict in International Law; San Diego Law Review; Volume 46; 2009.*

PROST, Mario; CLARK, Paul Kingsley; *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?; Chinese Journal of International Law; Volume 5, n° 2, 341 – 370; 2006.*

PUDER, Markus G.; *The Rise of Regional Integration Law (RIL): Good News For International Environment Law (IEL)?*; Georgetown International Environmental Law Review; Volume 23; 2011.

RACHOVITSA , Adamantia; *Treaty Clause and Fragmentation of International Law: Applying the More Favorable Protection Clause in Human Rights*; Human Rights Law Review; Volume 16; pp. 77 – 101; 2016.

RAMANUJAN, Adarsh; *Conflicts over “Conflict”: Preventing Fragmentation of International Law*; Trade, Law and Development; Volume 1; n° 1; 2009.

RAMOS, André de Carvalho; *Direitos Humanos na Integração Econômica – Análise Comparativa da Proteção de Direitos Humanos e Conflitos Jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*; Editora Renovar; Rio de Janeiro – 2008.

\_\_\_\_\_; *Processo Internacional de Direitos Humanos*; Editora Saraiva; 2ª Edição; São Paulo/SP – 2012

RESEK, Francisco; *Direito Internacional Público – Curso Elementar*; Editora Saraiva; 14ª Edição, 2013.

ROMANO, Cesare; *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*; New York University Journal of International Law and Politics; Volume 31; 1999.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.); *Direito dos Tratados – Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*; Editora Arraes; Belo Horizonte –MG (2011).

SCHWEBEL, Stephen; *Adress to the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations*; 1999. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> (Último acesso em: 29.9.2015).

SHAW, Malcolm N.; *Direito Internacional*; Martins Fontes - 2010.

SHEFFER, Megan Wells; *Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights?*; Denver Journal of International Law and Policy (483); 22 de junho de 2011.

SIMMA, Bruno; *Fragmentation in a Positive Light*; Michigan Journal of International Law; Volume 25 (845); 2003 – 2004.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI; *Of Planets and The Universe: Self-contained Regimes in International Law*; The European Journal of International Law; Volume 17; n° 3; 2006.

SIMO, Regis Yann; *The Law of International Responsibility: the Case of WTO As a “Lex Specialis” Or the Fallacy Of a ‘Self-Contained’ Regime*; African Journal of International and Comparative Law; Volume 22; n° 2; 2014.

SINGH, Sahib; *Two Potential Paths Forward from Fragmentation Discourse: Sociology and Ethics*; in *Fragmentation of International Legal Orders and International Law: Ways Forward?*; American Society of International Law; ASIL Proceedings; 2011.

TZEVELEKOS, Vassilis P.; *The Use of Article 31 (3) (c) Of the VCLT In the Case Law Of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool Or A Selective Loophole For The Reinforcement Of Human Rights Teleology?*; Michigan Journal Of International Law; Volume 31; 2010.

VAN MULLIGEN, Johannes Gerald; *Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order*; Leiden Journal of International Law – Universidade de Cambridge; Volume 24; 2011.

VARELLA, Marcelo Dias; *A Crescente Complexidade do Sistema Jurídico Internacional – Alguns Problemas de Coerência Sistêmica*; in *Revista de Informação Legislativa*; n. 167; Brasília/ 2005.

YOUNG, Margaret A.; *Introduction: The Productive Friction between Regimes*; in *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*; Editado por Margaret A. Young; Cambridge University Press – 2012.

## JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL CONSULTADA

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Al-Adsani v. United Kingdom* (application n° 35763/97); julgado em 21 de novembro de 2001.

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Bankovic and others v. Belgium and others* (application n° 55207/99); apreciado em 12 de dezembro de 2001.

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Golder v. United Kingdom* (application n° 4451/70); julgado em 21 de fevereiro de 1975.

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Marlène Belilos v. Switzerland* (application n° 10328/83); julgado em 29 de abril de 1988.

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Loizidou v. Turkey* (application n° 15318/1989); julgado em 18 de dezembro de 1996.

Corte Europeia de Direitos Humanos; *Tatjana Slivenko and Others v. Latvia* (application n° 48321/99); julgado em 9 de outubro de 2003.

Corte Interamericana de Direitos Humanos; *Parecer Consultivo Sobre Outros Tratados Sujeitos à Jurisdição Consultiva da Corte* (Parecer Consultivo n° OC-1/82); 24 de setembro de 1982.

Corte Interamericana de Direitos Humanos; Caso “Velázquez Rodríguez v. Honduras”; julgamento em 29 de julho de 1988; série C n° 4.

Corte Internacional de Justiça; *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha); julgado em 5 de fevereiro de 1970..

Corte Internacional de Justiça; *Caso das Atividades Militares e Paramilitares Na e Contra a Nicarágua* (Niicarágua v. Estados Unidos da América); julgado em 27 de junho de 1986.

Corte Internacional de Justiça; *Caso do Estreito Corfu (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte v. Albânia)*; julgado em 9 de abril de 1949.

Corte Internacional de Justiça; *Caso Relativo à Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão aos Crimes de Genocídio (Bósnia-Hezergovina v. Iugoslávia – Sérvia e Montenegro)*; julgado em 26 de fevereiro de 2007.

Corte Internacional de Justiça; *Caso Relativo ao Corpo Diplomático e Consular em Teerã (Estados Unidos da América v. Irã)*; julgado em 24 de maio de 1980.

Corte Internacional de Justiça; *Caso Sobre Questões de Aplicação e Interpretação da Convenção de Montreal de 1971 Resultantes do Incidente Aéreo em Lockerbie (Líbia v. Estados Unidos da América)*; encerrado em 10 de setembro de 2003.

Corte Internacional de Justiça; *Parecer Consultivo a Respeito de reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*; 1951.

Corte Internacional de Justiça; *Parecer Consultivo Sobre a Licitude da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*; 1996.

Corte Internacional de Justiça; *Parecer Consultivo Sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*; 2004.

Corte Permanente de Arbitragem; *Caso Irlanda vs Reino Unido (Arbitragem OSPAR)*. Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1158](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158) (Último acesso em: 6.7.2015).

Corte Permanente de Arbitragem; *Caso da Usina de MOX – Irlanda vs Reino Unido*; Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1148](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148) (Último acesso em: 6.7.2015).

Corte Permanente de Justiça Internacional; *Caso do “S.S. Wimbledon”*; julgado em 17 de agosto de 1923.

Corte Permanente de Justiça Internacional; *Caso “Mavrommatis Palestine Concessions”*; julgado em 30 de agosto de 1924.

Corte Permanente de Justiça Internacional; *Parecer Consultivo sobre “Customs Regime between Germany and Austria”*; prolatado em 5 de setembro de 1931.

Corte Permanente de Justiça Internacional; Caso *Oscar Chinn*; julgado em 12 de dezembro de 1934.

Organização das Nações Unidas; *Affaire concernant l’apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*; Reports of International Arbitral Awards; 12 de maio de 2004.

Organização das Nações Unidas; *Southern Bluefin Tuna Case Between Australia and Japan and Between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility*; Reports of International Arbitral Awards; 4 de agosto de 2000.

Organização Mundial do Comércio; *“European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)”*; 13 de fevereiro de 1998 (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R).

Organização Mundial do Comércio; *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (WT/DS291/R).

Organização Mundial do Comércio; *“Chile – Measures affecting the transit and importation of swordfish”* (WT/193/1).

Organização Mundial do Comércio; *“Korea – Measures Affecting Government Procurement”* (WT/DS163/R).

Organização Mundial do Comércio; *“Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products”* (WT/DS34/R).

Organização Mundial do Comércio; *“United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products”* (WT/DS58/AB/R).

Organização Mundial do Comércio; “*United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*” (WT/DS2/AB/R).

Tribunal Internacional Para o Direito do Mar; Pedido de Medidas Provisórias da Irlanda  
Disponível em: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-10/> (Último acesso em: 6.7.2015).

Tribunal Internacional Para o Direito do Mar; Chile vs. European Union, *Case on conservation of swordfish stocks between Chile and the European Community in the south-eastern pacific ocean*. Disponível em: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-7/>. (Último acesso em: 5.10.2015).

Tribunal Internacional Para o Direito do Mar; Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) – Provisional Measures; decidido em 27 de agosto de 1999.