



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ARTHUR GUSTAVO SABOYA DE QUEIROZ

**A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO
DIREITO DO MAR: ENTRE CONFLITOS E MECANISMOS DE COESÃO**

**FORTALEZA
2019**

ARTHUR GUSTAVO SABOYA DE QUEIROZ

A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO DIREITO
DO MAR: ENTRE CONFLITOS E MECANISMOS DE COESÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Orientadora: Professora Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

FORTALEZA
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S122f Saboya de Queiroz, Arthur Gustavo.
A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO DIREITO DO MAR :
ENTRE CONFLITOS E MECANISMOS DE COESÃO / Arthur Gustavo Saboya de Queiroz. – 2019.
119 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

1. Direito do Mar. 2. Fragmentação do Direito Internacional. 3. Teoria do Direito. 4. Tribunais
Internacionais. I. Título.

CDD 340

ARTHUR GUSTAVO SABOYA DE QUEIROZ

A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO DIREITO
DO MAR: ENTRE CONFLITOS E MECANISMOS DE COESÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Orientadora: Professora Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Solange Teles da Silva
Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie)

Dedico aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas, cada uma ao seu modo, contribuíram para a conclusão do ciclo que se encerra com essa dissertação. Gostaria de agradecer inicialmente a Deus, a quem dedico todas as minhas conquistas. Em seguida, agradeço à minha família, especialmente a meu pai, Germano, minha mãe, Marta, e irmã, Tainah. Vocês são a fonte de motivação que me impele a alcançar os árduos objetivos que estabeleci para minha vida. Esses agradecimentos incluem, naturalmente, Bart e Ravi, nossos cachorros, sem os quais eu certamente seria uma pessoa pior.

Muitos amigos também me ajudaram nessa caminhada, seja com valorosas contribuições acadêmicas ou com as essenciais companhia e incentivo. O risco de deixar pessoas importantes de fora é sempre existente, de modo que, apesar de nomear apenas alguns, agradeço a todos que se enquadram nessas descrições. De fora da vida acadêmica, obrigado Wilson, Ingrid, Jéssica Barbosa, Jéssica Braga, Juliana, Marcela, Natália, Thiago, Christina, Marcos Yuri, Kalil, Alexandre, Gabriel, Jefferson, entre muitos outros.

Dedico um parágrafo aos amigos e amigas que fiz durante o Mestrado. Eu tenho certeza que essas amizades perdurarão por anos e anos, pela intensidade com que esses dois anos foram vividos por nós. Agradeço novamente a todos que, de alguma forma, fizeram parte desse momento, representados pelos que cito agora: Lara Dourado, Lara Teles, Laura, Aécio, Ana Carolina Mesquita, Ana Carolina Farias, Débora, Delmiro, Fernanda, Holanda, Isabelly, João Victor, Mayara, Mayna, Sarah, Thanderson, Liliane, Silvana, Eric, entre muitos outros.

Faço um agradecimento também às várias pessoas que “fazem” a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. É muito difícil gerir uma universidade pública com recursos insuficientes e constantemente atacada por aqueles que desprezam esse tipo de instituição. Mas resistiremos! Agradeço a todos em nome de Marilene, Heloísa e Cássia. Faço aqui um agradecimento especial ao Jothe Frota e aos “frequentadores” da Fortlivros. Vocês tornaram esse período imensamente mais prazeroso.

Também essencial para o engrandecimento da nossa universidade e do Programa de Pós-Graduação é o corpo docente. Agradeço imensamente por todas as lições. Menciono expressamente os docentes com quem cursei disciplinas, em nome de todos os demais: professores Hugo Segundo, Gustavo Cabral, Maria Vital e minha orientadora, professora Tarin Mont’Alverne.

Dedico um parágrafo à parte para a professora Tarin. Agradeço muitíssimo pelas oportunidades que me foram oferecidas, em que pude participar de um grupo de pesquisa, organizar livro, evento, avaliar trabalhos, conhecer docentes consagrados do resto do país e do exterior. Saio com a segurança de que pude concluir um mestrado que transcendeu o mero cumprimento de créditos e de produção escrita, e isso ocorreu em grande parte pelo apoio da professora Tarin.

Agradeço ainda aos demais docentes que contribuíram para a realização dessa dissertação: professoras Carina Oliveira e Alice Rocha pelas valiosas sugestões na banca de qualificação, bem como à professora Solange Teles e novamente ao professor Hugo Segundo pela participação na banca de defesa. Pretendo aprofundar meus estudos nesse difícil tema, e suas observações são extremamente relevantes para prosseguir na pesquisa.

Finalmente, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pelo auxílio financeiro que me foi fornecido e que me possibilitou dedicação integral ao curso. Também reafirmo o meu agradecimento às professoras Tarin, Carina e Solange, agora pela oportunidade de compor o projeto “a estratégia brasileira para a gestão sustentável dos recursos vivos e não vivos marinhos”, que me direcionou para os estudos em direito do mar.

“The fate of international law is re-establishing hope for the human species” – Martti Koskenniemi

RESUMO

O fenômeno da fragmentação do direito internacional se formou ao longo do século XX como um reflexo da gradual expansão da esfera jurídica internacional. Foram criadas instituições e arcabouços jurídicos direcionados para os mais variados temas, sem uma preocupação com a coordenação entre eles, como se o direito internacional não fosse de fato um sistema coeso. O que antes aparentava ser regido por um direito internacional geral passou a ser um espaço fragmentado entre várias especialidades, com seus próprios princípios, regras e objetivos. Nesse sentido, surgiram problemas em torno dos choques entre essas especialidades. Apesar do direcionamento do Direito Internacional para nichos de atuação, elementos de sua unidade permanecem: muitas questões não se voltam apenas para um desses regimes, mas congregam dois temas ou mais. Assim, surgem conflitos entre normas incompatíveis, pertencentes a diferentes “regimes autocontidos”, mas que precisam dialogar em casos práticos. O Direito do Mar, a despeito de ser um aparente resultado desse processo de fragmentação, também padece de algumas de suas consequências. Há, por essa razão, um prejuízo ao desenvolvimento da matéria, demandando a necessidade de encontrar meios capazes de promover a coerência entre essas normas. Nesse sentido, a presente dissertação se propôs a analisar os efeitos da fragmentação do Direito Internacional no Direito do Mar. Para tanto, buscou responder a uma pergunta principal: de que forma a Fragmentação do Direito Internacional influi na consolidação do Direito do Mar? Com esse questionamento, busca verificar em que medida o Direito do Mar é afetado pelo fenômeno, se substancialmente ou de forma menor em relação a outras áreas do Direito Internacional. Como forma de responder essa pergunta, se valerá de três outros questionamentos, mais específicos. O Direito Internacional é uno ou fragmentado? Essa indagação tem a finalidade de fundamentar as bases teóricas da pesquisa, delimitando o já mencionado fenômeno fragmentário. Em seguida, busca responder: que conflitos são encontrados envolvendo normas de Direito do Mar? Nesse ponto passa para a análise do Direito do Mar, envolvendo não apenas a interação entre as suas normas, mas também entre as suas normas e as de outros regimes envolvidos pelo Direito Internacional. Finalmente, se propôs a responder: como solucionar esses conflitos envolvendo normas de Direito do Mar? Aqui, reconhecendo a existência dos aludidos conflitos, buscar-se-á discorrer e aplicar os possíveis meios de resolução de antinomias. Para a realização dessa dissertação, foi escolhida uma metodologia assentada em um método dedutivo, alcançando suas conclusões a partir de premissas que se buscou estabelecer ao longo de sua realização. Ademais, tendo em vista que procura identificar, analisar e interpretar fatos, apresenta-se como uma pesquisa explicativa. Foi desenvolvida, finalmente, a partir de ampla revisão bibliográfica, com a consulta a artigos, dissertações e livros sobre a teoria do direito e o direito internacional geral. Baseou-se também no estudo de documentos, já que se valeu igualmente da análise de textos jurídicos, como tratados e jurisprudências, além de informações provenientes de órgãos responsáveis pelo desenvolvimento do Direito Internacional, como a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

Palavras-chave: Direito do Mar; Fragmentação do Direito Internacional; Teoria do Direito; Tribunais Internacionais

ABSTRACT

The phenomenon of the fragmentation of international law was formed during the twentieth century as a reflection of the expansion of the international legal sphere. Institutions and legal frameworks were set up to address a wide range of issues, without concern for coordination between them, as if international law were not in fact unified. What once appeared to be governed by general international law became a fragmented space between various specialties, with its own principles, rules and objectives. In this sense, problems have arisen around the clashes between these specialties. Despite directing international law to niches of action, elements of its unity remain: many issues do not turn only to one of these regimes, but congregate two themes or more. Thus, conflicts arise between incompatible standards, belonging to different "self-contained regimes", but that need to dialogue in practical cases. The law of the sea, in spite of being an apparent result of this process of fragmentation, also suffers from some of its consequences. There is, therefore, a detriment to the development of the subject, demanding the need to find ways to promote coherence between these rules. In this sense, the present dissertation proposed to analyze the effects of the fragmentation of International Law in the Law of the Sea. For this, it sought to answer a main question: in what way does the Fragmentation of International Law affect the consolidation of the Law of the Sea? With this question, it seeks to verify to what extent the Law of the Sea is affected by the phenomenon, if substantially or in a smaller form in relation to other areas of International Law. As a way of answering this question, it will draw on three more specific questions. Is international law unified or fragmented? This inquiry, in the initial part of the work, has the purpose of founding the theoretical bases of the research, delimiting the aforementioned fragmentary phenomenon. Next, it seeks to answer: what conflicts are found involving norms of Law of the Sea? In this point, it goes to the analysis of the Law of the Sea, involving not only the interaction between its norms, but also between its norms and those of other regimes involved by the International Law. Finally, is proposed to answer: how to solve these conflicts involving rules of Law of the Sea? Here, recognizing the existence of the aforementioned conflicts, we will seek to discuss and apply the possible ways of solving antinomies. For the accomplishment of this dissertation, a methodology based on a deductive method was chosen, reaching its conclusions from premises that it was sought to establish throughout its accomplishment. Moreover, considering that it seeks to identify, analyze and interpret facts, it presents itself as an explanatory research. It was developed, finally, from a wide bibliographical review, from the consult of articles, dissertations and books on the theory of law and general international law. It was also based on the study of documents, as it also drew on the analysis of legal texts such as treaties and case law, as well as information from bodies responsible for the development of international law, such as the United Nations International Law Commission.

Keywords: Law of the Sea; Fragmentation of International Law; Theory of Law; International Tribunals

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| CIJ | Corte Internacional de Justiça |
| CDI | Comissão de Direito Internacional |
| CNUDM | Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar |
| CEDH | Corte Europeia de Direitos Humanos |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| OMI | Organização Marítima Internacional |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| TIDM | Tribunal Internacional do Direito do Mar |
| TJCE | Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 1 O DIREITO INTERNACIONAL É UNO OU FRAGMENTADO? | 21 |
| 1.1 O desenvolvimento do Direito Internacional pós-1945: ordem ou desordem? ... | 22 |
| 1.2 Teorizando a (des)ordem: o relatório da Comissão de Direito Internacional sobre a Fragmentação do Direito Internacional..... | 25 |
| 1.2.1 Críticas à abordagem fragmentária do direito internacional | 33 |
| 1.3 A contribuição positivista à Teoria do Direito e ao funcionamento do Direito Internacional | 35 |
| 1.4 Uma visão fragmentada das relações internacionais: o caso dos regimes internacionais..... | 37 |
| 1.5 Conclusões sobre a coerência e a unidade do direito internacional: por que o direito internacional não é fragmentado? | 39 |
| 2 COMO OCORREM OS CONFLITOS ENVOLVENDO NORMAS DE DIREITO DO MAR? | 43 |
| 2.1 O Direito do Mar é um regime autocontido? | 44 |
| 2.2 A fragmentação e o direito do mar em casos práticos | 48 |
| 2.2.1 <i>O Mox Plant Case e o problema dos conflitos entre diferentes ramos do direito internacional</i> | 49 |
| 2.2.2 <i>Os Southern Bluefin Tuna Cases: um problema de conflito entre tratados de direito do mar</i> | 54 |
| 2.2.3 <i>O caso Swordfish Stocks: o problema do conflito entre regimes autocontidos</i> | 56 |
| 2.2.4 <i>A problema da sobreposição de competências entre organizações internacionais: o caso da Organização Marítima Internacional e da Organização Internacional do Trabalho</i> | 57 |
| 2.3 Conclusões sobre os conflitos de normas envolvendo o direito do mar..... | 59 |
| 3 COMO SOLUCIONAR CONFLITOS ENVOLVENDO NORMAS DE DIREITO DO MAR?..... | 63 |
| 3.1 Por que deve prevalecer a coerência entre as normas de direito internacional?..... | 64 |
| 3.2 O estabelecimento de premissas básicas de vinculação entre as leis de direito do mar: a harmonização possível | 66 |
| 3.3 Técnicas de harmonização do direito internacional..... | 68 |
| 3.3.1 <i>É possível utilizar os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade?</i> | 68 |
| 3.3.2 <i>O Diálogo das Fontes e sua contribuição para a comunicação entre os ramos de direito internacional</i> | 71 |
| 3.3.3 <i>A harmonização das decisões dos tribunais internacionais a partir do método So Lange</i> | 73 |
| 3.3.4 <i>Alterações no sistema judicial internacional</i> | 76 |
| 3.3.5 <i>A formação de Grupos de Trabalho entre organizações internacionais</i> | 79 |

| | |
|--|-----|
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 82 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 89 |
| ANEXO A – RELATÓRIO CONCLUSIVO DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL | 99 |
| ANEXO B – ACORDO ENTRE A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL | 112 |

INTRODUÇÃO

O fenômeno da fragmentação do direito internacional é um reflexo da grande expansão da esfera jurídica internacional ocorrida a partir da segunda metade do século XX. Foram criadas instituições e arcabouços jurídicos direcionados para os mais variados temas, como comércio, defesa, sustentabilidade, cultura, mar, afastando-se do direito pouco especializado que antes era praticado. Buscava-se, com essa mudança, uma melhor concretização dos interesses da sociedade mundial, esperando que esse fim fosse alcançado a partir do consenso quanto aos assuntos comuns a maioria dos países.

Não houve, contudo, uma preocupação inicial com a coordenação entre todos esses assuntos, como se o direito internacional não fosse de fato coligado. O que antes era regido por um direito internacional geral passou a ser um espaço dividido entre várias especialidades, com seus próprios princípios, regras e objetivos. Como consequência, surgiram problemas em torno dos choques entre essas especialidades. Elas englobariam, na verdade, várias outras óticas, disciplinadas por outras regras. Esse problema é um reflexo da formação de regimes de direito internacional.

O que seriam esses regimes, costumeiramente chamados de autocontidos pela doutrina? Não é pacífica nem essa nomenclatura¹ nem mesmo a sua natureza. É possível, não obstante, defini-los basicamente como agregados de normas voltadas para um assunto comum que se especializam de tal forma a estabelecer um sistema particular, diferenciado em relação àquele em que estavam inicialmente inseridas. O cerne para compreender essa configuração é sua individualidade, com valores próprios que tornariam contestável afastar um desses regimes em benefício de outro no caso concreto de conflito.

Esses conflitos demonstram que, apesar do direcionamento do direito internacional voltar-se para nichos de atuação, elementos de sua unidade permanecem. Muitas questões não dizem respeito apenas a um desses regimes, mas congregam dois temas ou mais. Assuntos como o direito do comércio internacional², por exemplo, acabam por envolver também questões ligadas à proteção internacional do meio ambiente. Assim, surgem conflitos entre

¹ Não apenas por não haver um termo pacífico, mas também em prol da fluidez do texto, serão utilizados vários sinônimos ao longo do trabalho que buscam se referir a essa estrutura aqui apontada, tais quais regime autocontido, subsistema e regime especial, com preferência pelo último.

² O direito do comércio internacional é de longe o subsistema sobre o qual mais se debruça os estudiosos da fragmentação do direito internacional. Sobre esse regime especificamente, acessar: PAUWELYN, Joost. **Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Para a doutrina brasileira: DAL RI JR, Arno; ANDRADE, M. C. Um regime autocontido? Apontamento sobre o direito aplicável aos contenciosos no âmbito da OMC. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 1, p. 391-415, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22035>>. Acesso em 14 jan. 2019.

normas incompatíveis³, pertencentes a diferentes regimes autocontidos, mas que precisam dialogar em casos práticos. A forma de solucionar o problema, por sua vez, seria incerta, partindo daí a grande dificuldade de lidar com o fenômeno.

O direito do mar, a despeito de ser um aparente resultado desse processo de fragmentação, também padece de algumas de suas consequências. Muitas normas de direito do mar acabam se chocando com disposições de outros ramos do direito, surgindo a necessidade de solucionar essas colisões de forma satisfatória a ambas as abordagens. Essa situação pede ênfase na abrangência da matéria: mais que um conjunto de normas que busca regular o espaço marinho, é um tema com implicações ambientais, comerciais, de defesa, segurança alimentar, entre outras. Ao construir uma “racionalidade” em volta do direito do mar, acaba-se por levar em menor peso a amplitude de seus dispositivos.

Importante frisar ainda que não são apenas as instituições e as normas tradicionalmente apontadas como de direito do mar que incidem sobre fatos ocorridos no domínio marinho. Uma norma que envolve o direito do mar pode se fazer presente também em alguns tratados de direitos humanos. Nada impede que uma norma faça parte de mais de um regime.⁴ A segunda Convenção de Genebra de 1949, por exemplo, versa sobre o tratamento dispensado a militares, enfermos e náufragos em conflitos armados no mar. Se contém normas prioritariamente de direitos humanos, seguramente também possui algo que se relaciona com o direito do mar. Existem, notadamente, muitas normas acerca de direitos de navegação, como aquelas que regulamentam o uso de navios funcionando como hospital.⁵

Tomemos uma norma presente na Convenção de Genebra de 1949 como voltada prioritariamente para o direito humanitário. A despeito disso, é possível apontar que também se volta, ainda que em pequena parte, para o direito do mar, já que trata da circulação de

³ Se aborda os conflitos de normas de forma como a situação onde uma parte não pode aplicar simultaneamente as obrigações contidas em dois tratados distintos. Sobre essa e outras definições, acessar: VRANES, Erich. The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory. **European Journal of International Law**, v. 17, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/2/80.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

⁴ NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos**: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 118.

⁵ Art. 22: Military hospital ships, that is to say, ships built or equipped by the Powers specially and solely with a view to assisting the wounded, sick and shipwrecked, to treating them and to transporting them, may in no circumstances be attacked or captured, but shall at all times be respected and protected, on condition that their names and descriptions have been notified to the Parties to the conflict ten days before those ships are employed. The characteristics which must appear in the notification shall include registered gross tonnage, the length from stem to stern and the number of masts and funnels. In: CONFERENCE OF GENEVA OF 1949. **Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea**. Geneva, 12 august 1949. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=1D265F8D7771BCB2C12563CD0051A69F>>. Acesso 12 jan. 2019.

navios. Ela assevera, no artigo 22, destacado em nota de rodapé, que a embarcação utilizada como centro hospitalar preencha alguns requisitos para ter sua proteção assegurada. Essas condições, contudo, não se alinham com o direito de passagem inocente em mar territorial previsto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.⁶ Se um Estado bombardeia um navio-hospital argumentando que este não preencheria os requisitos do artigo 22, e a outra parte aciona um tribunal internacional argumentando que a embarcação ainda assim se encontrava resguardada pelo direito de passagem inocente, como o órgão julgador deve decidir?

Percebamos a diferença entre as finalidades da CNUDM e da Convenção de Genebra. Uma se destina a regular o uso do mar, ao passo que a outra busca a proteção do ser humano em guerras. O tratado posterior não versou sobre esse assunto com interesse em ofertar uma resposta mais adequada, houve simplesmente uma superposição normativa seguramente inesperada por seus elaboradores. Não é, claramente, um problema adequado de ser resolvido por critérios de hierarquia nem especialidade. A particularidade dos conflitos entre normas oriundas do processo de fragmentação do direito internacional, contudo, é que mesmo a resolução da antinomia pelo critério da cronologia parece problemático, dada a diferença nos valores que ambas procuram defender. Por que uma norma de direito humanitário (ainda que também dialogue com o direito do mar) deve ser afastada por outra puramente de direito do mar?

É por problemas como o levantado acima que solucionar conflitos entre regimes autocontidos é difícil: ao se voltarem para dentro, constroem a sua própria autoridade, tomando ela como inafastável por uma norma pertencente a outro regime. Essa situação é agravada pela vastidão de órgãos judiciais. Se ao Tribunal Internacional do Direito do Mar⁷ coubesse o julgamento do caso, é possível inferir que a resposta seria em benefício do direito de passagem inocente, por ser garantia prevista na Convenção sobre o Direito do Mar, em seu artigo 19.⁸

⁶ Parte-se do pressuposto que uma embarcação hospitalar se enquadra na previsão do direito de passagem inocente a despeito de estar envolvida em um conflito armado. Esse entendimento decorre não apenas do seu objetivo não militar, mas também por não violar os artigos 18 e 19 da CNUDM, que descrevem o significado de passagem inocente.

⁷ O Tribunal Internacional do Direito do Mar é um corpo judicial independente estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar para adjudicar disputas concernentes à sua interpretação e aplicação. Composto por 21 membros independentes, tem jurisdição sobre qualquer disputa relacionada à interpretação ou aplicação da Convenção. In: INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **The Tribunal**. Disponível em: <<https://www.itlos.org/the-tribunal/>>. Acesso em 27 jan. 2019.

⁸ “1. A passagem é inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro. A passagem deve efetuar-se de conformidade com a presente Convenção e demais normas de direito

Esse entendimento decorre da especialidade de seus magistrados na área: é para o mar que essa corte se volta, parecendo natural que o direito do mar prevaleça. Suponhamos que prevaleça o direito de passagem inocente das embarcações hospitalares ainda que sem identificação, por ser mais recente. Mas se o caso chegar, na verdade, à Corte Internacional de Justiça? Por ser instituição dotada de caráter mais geral⁹, é incerto que se volte para a prevalência do direito de passagem inocente.

Ponto que demanda atenção é a inserção do direito do mar no sistema de jurisdição das cortes internacionais. A própria Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar já admite a resolução da controvérsia por órgãos que não o Tribunal Internacional do Direito do Mar.¹⁰ Uma eventual apreciação de caso concreto por mais de uma corte pode tornar-se problemática caso o entendimento de ambas seja divergente.¹¹ Essa possibilidade, por sua vez, não decorre apenas da grande quantidade existente e das diferentes racionalidades com que se relacionam, mas especialmente pela fragilidade dos mecanismos de prevenção entre esses órgãos, fazendo com que seja possível a declaração de competência para julgar um conflito também levado a outro tribunal.

Essa postura é reflexo da própria vinculação das cortes a essas racionalidades. Assegurada a prerrogativa de decidir sua competência pelo instituto *kompetenz-kompetenz*, e inexistindo uma hierarquia entre esses órgãos, não raro o entendimento é pela competência exclusiva para decisão do conflito. Ora, sendo entendido pelo TIDM que um caso que lhe é

internacional. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 fev. 2019.”

⁹ Não há nenhuma delimitação objetiva acerca dos casos passíveis de análise pela CIJ. Seu papel é descrito simplesmente como “resolver, de acordo com o direito internacional, disputas submetidas por Estados e fornecer opiniões consultivas sobre questões jurídicas para órgãos e agências especializadas das Nações Unidas”. In: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Court**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/court>>. Acesso em 01 fev. 2019.

¹⁰ Conforme o artigo 287 da CNUDM, que versa sobre a escolha do procedimento: “Um Estado ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento ulterior, pode escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos seguintes meios para a solução das controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção: a) o Tribunal Internacional do Direito do Mar estabelecido de conformidade com o Anexo VI; b) a Corte Internacional de Justiça; c) um tribunal arbitral constituído de conformidade com o Anexo VII; d) um tribunal arbitral especial constituído de conformidade com o Anexo VIII, para uma ou mais das categorias de controvérsias especificadas no referido Anexo. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 fev. 2019.

¹¹ Interessante artigo de Joost Pauwelyn chega a traçar diferentes abordagens para o direito internacional entre as cortes americanas e europeias, demonstrando como as perspectivas desses órgãos são variadas. In: PAUWELYN, Joost. Europe, America and the “Unity” of International Law. **Duke Law School Faculty Scholarship Series**, 2006. Disponível em: <https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1042&context=duke_fs>. Acesso em 15 jan. 2019.

trazido diz respeito à CNUDM, tratado ao qual compete resolver controvérsias em sua aplicação, não deve ser inesperado que decline de sua competência em benefício de órgão arbitral constituído a partir de violação ao GATT.¹²

A existência de tantos regimes com um arcabouço próprio para tratar de um mesmo caso concreto não denota a existência de um diálogo sólido, portanto, mas geralmente de um conflito em potencial. Mesmo a proliferação das organizações voltadas somente para o domínio marinho pede atenção para uma eventual sobreposição de suas competências. Ainda que o diálogo seja supostamente facilitado pela racionalidade comum, conflitos podem ocorrer, especialmente ao contrapor mecanismos regionais e multilaterais.

A despeito das dificuldades apresentadas, existem mecanismos capazes de auxiliar na solução desses problemas. São técnicas inovadoras, geralmente adaptadas ao direito internacional a partir de uma prática bem sucedida no direito interno.¹³ Decorrem da grande preocupação doutrinária em garantir a unidade do direito internacional, visando assegurar a coerência entre as normas a partir da harmonização entre os diferentes ramos em torno de aspectos comuns.¹⁴ São essas medidas que o presente trabalho busca analisar enquanto propostas de intervenção no problema da fragmentação do direito internacional.

Essa dissertação se propõe a analisar os efeitos da fragmentação do direito internacional no direito do mar. Para tanto, busca responder a uma pergunta principal: de que forma a fragmentação do direito Internacional influi na consolidação do direito do mar? Com esse questionamento, busca verificar em que medida essas normas são afetadas pelo fenômeno, se substancialmente ou de forma menor em relação a outras áreas do direito das gentes. Consolidação é aqui entendida como a estabilidade, o bom funcionamento dessas normas.

Como forma de responder a pergunta principal, o trabalho se vale de três outros questionamentos, mais específicos, que balizarão seus capítulos. No primeiro capítulo, se

¹² A atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar e a Corte Internacional de Justiça, por sua vez, é mais profícua, já que a Convenção garante a ambos a prerrogativa de resolver controvérsias acerca de sua aplicação.

¹³ Há teóricos que inclusive assinalam o processo de fragmentação do direito internacional como semelhante ao que passou o direito interno. Para Bruno Simma, a fragmentação não seria nada mais que a transposição das diferenciações funcionais na governança do plano nacional para o internacional. In: SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ejil/article/20/2/265/500839>>. Acesso 14 jan. 2019. p. 270.

¹⁴ Não se buscou esgotar as técnicas de resolução de conflitos, mas apenas trazer ilustrações sobre como lidar com o problema. Além das propostas aqui discutidas, outras podem ser encontradas em: YOUNG, Margareth (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 237-247.

propõe responder a seguinte indagação: o direito internacional é uno ou fragmentado? Essa pergunta tem a finalidade de fundamentar as bases teóricas da pesquisa, delimitando o já mencionado fenômeno fragmentário. Para tanto, inicia, ao primeiro tópico, com uma reflexão sobre o processo de formação do direito internacional contemporâneo. Em seguida, adentra no debate sobre o processo fragmentário, trazendo breve estudo acerca do relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre o tema. Passa, após, a discorrer sobre as críticas doutrinárias à abordagem fragmentária, no que se segue a exposição da visão positivista sobre o ordenamento jurídico, já que essa ótica fundamentaria sobremaneira as críticas trazidas. Traz-se ainda uma comparação entre o processo de fragmentação do direito internacional e a formação de regimes nas relações internacionais. Ao final, são feitas considerações conclusivas sobre o capítulo.

Em seguida, ao segundo capítulo, buscará responder: como ocorrem os conflitos envolvendo normas de direito do mar? Nesse ponto, passaremos para a análise do direito do mar, envolvendo não apenas a interação entre as suas normas, mas também entre as suas normas e as de outros regimes contidos no direito internacional. A tensão entre regimes demanda a necessidade de conhecer o modo como funcionam e interagem.¹⁵ Desse modo, o capítulo se inicia com a análise da condição atribuída ao direito do mar de regime autocontido. Segue, após, com o estudo de exemplos de conflitos inseridos no arcabouço normativo do direito do mar. São três os casos trazidos que se voltam para o conflito no âmbito das cortes internacionais, *Mox Plant*, *Southern Bluefin Tuna* e *Swordfish Stocks*, e um que exemplifica a sobreposição de competências entre organizações internacionais, no caso, entre a Organização Marítima Internacional e a Organização Internacional do Trabalho. Conclui-se também com considerações sobre o problema do conflito normativo no direito do mar.

Finalmente, se propõe a responder, ao terceiro capítulo, o seguinte questionamento: como solucionar conflitos envolvendo normas de direito do mar? Aqui, reconhecendo a existência dos aludidos conflitos, buscar-se-á discorrer e aplicar os possíveis meios de resolução desses conflitos. Se argumenta, ao início, por que deve prevalecer a coerência entre as normas de direito internacional. Em seguida, há explicação sobre como ocorreria esse reforço de coesão, a partir do que se chamou “harmonização possível”. Ao fim, tece análise crítica sobre propostas doutrinárias de reforço da coesão sistêmica: critérios de anterioridade,

¹⁵ LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 215-228. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2069/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 225.

hierarquia e especialidade, o Diálogo das Fontes, o método *So Lange*, possíveis alterações no sistema de cortes e tribunais internacionais, além da formação de grupos de trabalhos capazes de entabular uma atuação conjunta entre organizações internacionais.

Entende-se que a relevância da pesquisa decorre do debate a que se propõe, em torno das dificuldades impostas pela fragmentação do direito internacional em um meio diferente daqueles onde é mais estudada, como o direito do comércio internacional e os direitos humanos. Essas discussões aparentemente são menos recorrentes no direito do mar, sem que os mesmos problemas nessa matéria sejam algo menor. É por isso que se pretende trazer o debate sobre a fragmentação do direito internacional no contexto do direito do mar, para fortalecer a consolidação desse ramo. Nesse escopo, pretende fornecer alternativas para a resolução dessas questões, visando a melhor utilização dos dispositivos de direito do mar e evitando limbos prejudiciais para a boa realização dos objetivos da matéria.

Outro aspecto que favorece a pesquisa é a atualidade das discussões sobre o direito do mar.¹⁶ Como exemplo, mencionamos a adoção de um objetivo especificamente voltado para o domínio marinho entre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. É o Objetivo 14, a “Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável”. A Organização das Nações Unidas tem ainda realizado diversos eventos em prol do avanço no direito do mar. Como exemplo, a Conferência dos Oceanos, ocorrida em junho de 2017, para discutir métodos de consecução dos alvos inseridos no Objetivo 14, e a convocação de conferências entre 2018 e 2020 para tratar da conservação e uso sustentável da diversidade biológica marinha em zonas além da jurisdição nacional.

É trabalho igualmente dotado de utilidade prática, já que a matéria em questão discute a proteção do domínio marítimo, espaço onde os danos sofridos podem ocasionar malefícios para toda a humanidade, inclusas a geração presente e as gerações futuras. É importante que reflexões de pendor mais teórico tenham a sua relevância prática, sob risco de caírem na irrelevância. Ao tratar do tema apresentado, busca-se contribuir para o funcionamento das instituições de direito do mar, mecanismos capazes de gerar o ganho prático necessário.

Para a realização dessa dissertação, buscou-se trabalhar com uma metodologia coerente com os fins que se buscava. Assim, foi feita a opção por um método dedutivo,

¹⁶ O fato de essa dissertação decorrer de um projeto intitulado “A estratégia brasileira para a gestão sustentável dos recursos vivos e não vivos marinhos”, financiado pela CAPES em decorrência de aprovação no edital 43/2013 sobre Ciências do Mar” é demonstração do interesse no desenvolvimento dos assuntos marinhos.

alcançando suas conclusões a partir de premissas estabelecidas ao longo de sua realização. Se tentou promover respostas a partir de entendimentos devidamente fundamentos e deles logicamente decorrentes.

Ao mesmo tempo, tendo em vista que se procurou identificar, analisar e interpretar situações fáticas, apresenta-se como uma pesquisa explicativa. Nesse sentido, é um trabalho que parte de impressões pessoais, não atrelado a uma finalidade meramente descritiva, não obstante se utilize de recursos da descrição para melhor fundamentar suas conclusões. É, assim, totalmente sujeito a contestações, ainda que em suas exposições mais gerais e pacificadas.

É ainda uma pesquisa qualitativa. Não se pretendeu trazer ou quantificar a maior quantidade possível de exemplos capazes de auxiliar o trabalho na consecução de seus objetivos. Mais útil ao trabalho, entendo, foi priorizar situações e teorias cujas particularidades se adequam a ele e ao fenômeno da fragmentação da melhor forma. Por isso, destaca-se na pesquisa o estudo de casos.

1 O DIREITO INTERNACIONAL É UNO OU FRAGMENTADO?

Os debates teóricos sobre o direito internacional contemporâneo frequentemente discorrem sobre as transformações por que passa a matéria como forma de melhor realizar os anseios da sociedade internacional. São basicamente questões que, ao compreenderem o impacto dos processos históricos e políticos no desenvolvimento das relações sociais, buscam capacitar o direito das gentes com respostas que assegurem a sua efetividade em face dessas mudanças.

É evidente a evolução técnica no tratamento dos problemas que demandam solução pela via do direito internacional. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, para citar o mais relevante tratado sobre a regulação do espaço marinho, consolidou os assuntos relacionados ao seu escopo de forma paradigmática. Foram delineados princípios, limites de jurisdição, direitos e mesmo mecanismos de solução de controvérsias. Essa sistematização contribuiu para a própria paz mundial, tendo em vista que o aumento do interesse dos Estados na exploração dos recursos vivos e não vivos marinhos potencializa o surgimento de conflitos sobre essas questões. Como exemplo, é possível citar a formulação de limites à extensão da zona econômica exclusiva dos países costeiros¹⁷, limitando as possibilidades de exploração comercial do domínio marinho. Assim, o direito do mar e as demais especializações no direito internacional não emergiram acidentalmente, mas como uma resposta a demandas funcionais.

Como consequência, o direito internacional também se tornou mais complexo. Ao buscar a resolução de novas questões, seu escopo foi ampliado. Essa diversidade de assuntos, pela forma como são estudados e solucionados, de forma bastante personalizada, acabou por fomentar um debate acerca da fragmentação do direito internacional. Passou-se a refletir sobre a própria unidade da disciplina, se existiria verdadeiramente um direito internacional, coeso, ou um direito “guarda-chuva”, que englobaria várias questões internacionalizadas. Esse debate continua a polarizar os pesquisadores internacionalistas, no que parece cabível distinguir as posições entre negação e aceitação da fragmentação.¹⁸

¹⁷ Conforme o art. 57 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, “A zona econômica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 03 dez. 2018.

¹⁸ Não é comum uma simples defesa da fragmentação do direito internacional. Aqueles que a reconhecem basicamente admitem a sua existência, trabalhando formas de mitigar as dificuldades que oferece, ou buscam otimizar seus benefícios, ao passo que seus negadores contestam a sua existência, negando seus pressupostos lógicos.

O primeiro capítulo dessa dissertação busca participar dos debates acerca da unidade e coerência *versus* fragmentação do direito internacional a partir de uma pergunta-problema: O direito internacional é uno ou fragmentado? Com esse questionamento, pretende-se verificar se o direito internacional se organiza de forma integrada ou descoordenada. É capítulo que, ao inserir-se em um trabalho que busca verificar como a fragmentação do direito internacional interfere na consolidação do direito do mar, pretende contribuir com uma explicação sobre o processo fragmentário e a estrutura do direito internacional.

Para tanto, optou-se por dividir essa parte em seis tópicos. Inicialmente, haverá breve descrição do processo de evolução do direito internacional contemporâneo, isto é, o direito inserido no paradigma do Pós-Guerra. No segundo tópico, será apresentado o trabalho da Comissão de Direito Internacional, que discorre de forma mais densa sobre a estrutura da matéria, buscando entender o fenômeno e os efeitos da fragmentação do direito internacional. Esse tópico terá o acompanhamento de críticas às suas conclusões. A partir daí, serão apresentadas, como contraposição, as visões da teoria do direito positivista e da teoria das relações internacionais sobre a formação de seus sistemas de normas, buscando, com isso, acrescentar outras formas de interpretar o problema. Ao tópico final, como espécie de pré-conclusão sobre a pergunta-problema, buscou-se analisar criticamente o assunto trabalhado ao longo do capítulo. Considera-se que esse capítulo é essencial para entender forma como opera o direito do mar, tanto em relação aos seus próprios dispositivos como também em relação ao direito internacional em geral.

1.1 O desenvolvimento do Direito Internacional pós-1945: ordem ou desordem?

A prática empreendida até meados do final do século XIX e início do século XX era de um direito internacional puramente instrumental, no sentido de estabelecer uma regulamentação para as práticas realizadas nesse plano. Em benefício da soberania dos Estados, os entraves a sua prática eram sobretudo formais, pouco interessados com o conteúdo dos assuntos então tratados. Não foi possível pela lei impedir a prática do neocolonialismo, por exemplo. Bastava que essa prática se enquadrasse nas regulamentações acordadas entre as grandes potências. É marcante nesse sentido a descrição de Shabtai Rosenne, para quem, no início do século XX, a ordem internacional era eurocentrista, com o direito feito por e para os poderes europeus, tanto no continente como em suas possessões além-mar.¹⁹

¹⁹ ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of Modern International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 16.

O período pós-Segunda Guerra Mundial é paradigmático para o fortalecimento do direito internacional. Experimentadas duas guerras de grande magnitude em três décadas, tendo sido os mecanismos normativos internacionais recentemente criados fracassados (notadamente a Liga das Nações) em evitar a ocorrência da segunda, era premente a necessidade de fortalecer esse regramento. Surge então a Organização das Nações Unidas como estrutura mais representativa dessa nova ordem.

A ONU, por sua primazia, acabou por centralizar o processo de discussão e criação de novos tratados nesse momento. São vários os exemplos de convenções formuladas a partir das discussões fomentadas por esse organismo. Como exemplos, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. São tratados que versam sobre temas de grande relevância e alcance global, de alguma forma relacionados à garantia da segurança internacional, finalidade maior da ONU, ainda que inseridos em um processo de securitização.²⁰

O anseio por não repetir os erros do passado representou um momento de construção de uma nova ordem internacional. O que a marca é a multilateralidade de atuação dos seus agentes. Agora, inúmeros atores dialogam entre si, buscando alcançar soluções benéficas para todos a partir de foros globais. Contudo, a despeito de vários tratados emanarem da ONU, isso não significou uma homogeneidade na produção de normas, como os tratados elencados no parágrafo acima permitem notar. Na verdade, há uma ampla diversidade de grandes temas, voltados para assuntos tão distintos quanto a regulação da pesca e o combate ao narcotráfico. Nesse sentido, passou-se a desenvolver menos o direito internacional como um todo, e mais “parcelas” de direito internacional. Essas “parcelas” possuiriam uma espécie de *ethos*²¹ próprio, reflexo de sua melhor capacidade de lidar com os problemas atinentes àquela matéria.

²⁰ A securitização é fenômeno ocorrido no campo das relações internacionais e diz respeito ao deslocamento dos temas de segurança da esfera estatal para a esfera dos indivíduos. Como consequência, diversos assuntos originalmente não levados em consideração nos debates sobre segurança passaram a fazer parte de seu escopo. São exemplos a preservação ambiental, os direitos políticos, as migrações internacionais, entre outros. Sobre o assunto, ler: WAEVER, Ole. Securitization and Desecuritization. In: LIPSCHUTZ, Ronnie D. (Org.). **On Security**. New York: Columbia University Press, 1995. p. 46.

²¹ Utiliza-se a palavra *ethos* no seguinte sentido: conjunto de valores que permeiam e influenciam uma determinada manifestação artística, científica ou filosófica. In: HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 847. Salem Nasser também se refere a *ethos* de forma similar. In: NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo**. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019.

O possível rompimento do direito internacional, por si, já demandaria a realização de maiores estudos. Contudo, e nisso reside a questão mais alarmante, por ser de ordem prática, se estabeleceu uma necessidade de lidar com as interações conflituosas entre esses “fragmentos” de direito. Esses choques ocorrem porque, a despeito do que aparentam suas construções, não há uma separação estanque entre os assuntos. Eles estariam, na verdade, em constante interação, já que os grandes problemas comumente envolvem diferentes implicações, não limitadas a somente um subsistema.

Coloquemos em perspectiva a seguinte situação: existindo “parcelas” de direito internacional concernentes ao melhor tratamento do direito do comércio e ao direito do trabalho, estas regulariam da melhor forma esses campos. Contudo, se uma dada questão envolve ambos os assuntos de forma conflitante, como resolver? Esse é uma situação relativamente simples de ocorrer, como uma retaliação comercial a um Estado com fundamento na prática de *dumping* social²², que violaria as regras de *fair trade*.²³ O que deve prevalecer, a regulação trabalhista ou a liberalização do comércio? Por quais razões?

As indagações feitas refletem a percepção de sobreposições entre esses quadros, com os consequentes conflitos entre suas normas. Essas situações não seriam um problema no caso da simples aplicação dos mecanismos típicos de resolução de antinomias. No entanto, dada essa diferença de configuração entre as matérias, marcada por seu já mencionado *ethos* próprio, seria possível valer-se dessas técnicas? A melhor forma de resolver a querela seria uma questão de perspectiva, conforme a ótica pela qual se enxerga o problema, com base em um viés próprio.²⁵ Formou-se assim o problema contido na fragmentação do direito internacional.

Percebe-se que a verificação do processo fragmentário surge já no início do momento histórico aqui mencionado, a partir da percepção do aumento dos conflitos entre tratados.

²² O *dumping* social consiste basicamente na adoção de práticas trabalhistas desumanas contra o trabalhador como forma de obter maiores vantagens comerciais. Sobre o assunto, consultar: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2014.

²³ A noção de *fair trade* se associa a defesa não apenas de um comércio em igualdade de condições, mas sobretudo ao respeito a padrões éticos mínimos em sua execução, como a não exploração do trabalhador. Sobre o assunto, consultar: RAYNOLDS, Laura T.; MURRAY, Douglas L.; WILKINSON, John. **Fair Trade: the challenges of transforming globalization**. Abingdon: Routledge, 2007.

²⁴ Para estudar as relações entre trabalho e comércio a partir da fragmentação do direito internacional, acessar: MEIRELES, G. F. **Trabalho, Comércio e Dignidade: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12842/1/2014_dis_gfmeireles.pdf>. Acesso em 03 dez. 2018.

²⁵ KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **The Modern Law Review**, v. 70, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2rHUSrA>>. Acesso em 28 dez. 2018.

Pioneiro nesse diagnóstico é o estudo de Wilfred Jenks intitulado *The Conflict of Law-Making Treaties*, publicado no *British Yearbook of International Law*, em 1953.²⁶

Dada a ocorrência de diversos conflitos normativos, é possível inferir que essa nova ordem internacional teria sido estabelecida com falhas estruturais? Entende-se que não. A multiplicidade de temas abarcados pelo Direito Internacional é reflexo de seu desenvolvimento, do seu ganho em importância. É errado analisar o processo fragmentário apenas sob a ótica dos aspectos negativos. Não obstante, despontou o tema como uma questão a ser pacificada. Nesse sentido, se prossegue ao próximo tópico, onde será analisado o relatório da Comissão de Direito Internacional sobre os desafios decorrentes dessa fragmentação.

1.2 Teorizando a (des)ordem: o relatório da Comissão de Direito Internacional sobre a Fragmentação do Direito Internacional

A atuação normativa da Organização das Nações Unidas encontra apoio em sua Comissão de Direito Internacional. Esse órgão foi criado a partir da Resolução 174, II, de 17 de novembro de 1947²⁷, da Assembleia-Geral, com o fim de viabilizar a disposição do artigo 13, I, a, da própria Carta da ONU²⁸, que demanda a atuação da Assembleia Geral “no incentivo ao desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”. É mecanismo de onde partem estudos sobre os grandes temas do direito internacional.

A fragmentação do direito internacional alcança os trabalhos da Comissão em sua 52ª sessão, ocorrida em 2000. Nesse evento, em decorrência do estudo intitulado *Risks ensuing from fragmentation of international law*, do professor austríaco Gerhard Hafner, seu membro, decidiu-se acrescentar o tópico em seu programa de trabalho à longo prazo. Nesse documento, Hafner chega a contestar a existência de um direito internacional homogêneo:

It can therefore easily be assumed that, presently, there exists no homogeneous system of international law. As it has been noted at several occasions, even during recent discussions in the Commission, inter alia, on State responsibility, existing international law does not consist of one homogenous legal order, but mostly of different partial systems, producing an “unorganized system”. Hence, the system of international law consists of erratic parts and elements which are differently structured so that one can hardly speak of a homogeneous nature of international

²⁶ JENKS, C. W. **The Conflict of Law-Making Treaties**. The British Yearbook of International Law, Oxford, v. 30, p. 401-453, 1953. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint30&div=15&id=&page=>>>. Acesso em 09 nov. 2018.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 174, II**, de 17 de novembro de 1947, da Assembleia-Geral. Disponível em: <[http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/174\(II\)>](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/174(II)>). Acesso em 24 set. 2018.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 26 de junho de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap4/>>. Acesso em 24 set. 2018.

law. This system is full of universal, regional or even bilateral systems, subsystems and sub-subsystems of different levels of legal integration. (grifou-se)²⁹

Em seu 54º encontro, em 2002, decidiu-se iniciar a análise do assunto. Formou-se assim um Grupo de Estudos, presidido inicialmente pelo jurista alemão Bruno Simma, cujos trabalhos foram desenvolvidos a partir de cinco relatórios, entre 2002 e 2005.³⁰ Vejamos a partir do estudo desses relatórios como a Comissão foi estabelecendo suas conclusões sobre o problema.

O primeiro relatório, de 2002, estabeleceu importantes premissas para o desenvolvimento dos trabalhos. Além de reconhecer que o fenômeno não era algo novo, pontuou que tinha inclusive consequências benéficas:

The Study Group also thought it important to highlight the positive aspects of fragmentation. For example, fragmentation can be seen as a sign of the vitality of international law. It was also suggested that the proliferation of rules, regimes and institutions might strengthen international law. Attention was drawn to the fact that the increasing scope of international law means that areas that were previously unaddressed by international law are now being addressed.³¹

Nesse sentido, foi decidida alteração no título do assunto, trocando o qualificador *Risks ensuing from fragmentation of international law* para *Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Ademais, foi estabelecido que o presidente Simma realizaria estudo sobre o tópico “A função e escopo da regra de *lex specialis* e a questão dos ‘regimes autocontidos’”.

O segundo relatório, de 2003, traz a substituição na presidência de Bruno Simma, que assumira o posto de juiz na Corte Internacional de Justiça (passando a deixar de compor a comissão), por Martti Koskenniemi (que passou a elaborar o relatório que cabia a Simma sobre *lex specialis*). Foi apontada ainda a necessidade de considerar três diferentes padrões de interpretação ou conflito relevantes para a questão da fragmentação. Primeiramente, o conflito entre diferentes entendimentos ou interpretações da lei geral.³² Esse seria o exemplo da posição da Corte de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia no

²⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session. **Risks Ensuing from fragmentation of international law**. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2000/english/annex.pdf&lang=EFSRAC>>. Acesso em 03 dez. 2018. p. 9-10.

³⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Summaries of the work of the International Law Commission**. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/summaries/1_9.shtml>. Acesso em 09 nov. 2018.

³¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Report of the Study Group on Fragmentation of International Law**, 2002. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.628>>. Acesso em 09 nov. 2018. p. 3.

³² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**, 2003. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.644>>. Acesso em 09 nov. 2018. p. 4.

Caso Tadic, em que se desviou do teste de “controle efetivo” empregado pela Corte Internacional de Justiça no Caso Nicarágua em prol do teste de “controle geral”.³³

O segundo padrão diz respeito a conflitos onde um órgão desvia do direito geral não como resultado de uma discordância acerca desse direito mas em virtude da aplicabilidade de uma lei especial àquele caso, em razão de alguma particularidade. O terceiro padrão, por sua vez, diria respeito a conflitos onde campos especializados do direito aparentam estar em conflito entre si.³⁴

Ademais, foram distribuídos novos temas de estudo entre os membros da comissão: “A interpretação dos tratados à luz de quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes no contexto dos desenvolvimentos gerais em Direito Internacional e preocupações da comunidade internacional, à cargo de William Mansfield”; a aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto, para Teodor Melescanu; a modificação de tratados multilaterais somente entre algumas partes, para Riad Daoudi; e a hierarquia no Direito Internacional: *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e artigo 103 da Carta das Nações Unidas como regras de conflito, cujo responsável foi Zdzislaw Galicki.³⁵³⁶

O terceiro relatório, apresentado em 2004, e o quarto, de 2005, basicamente discutiram os estudos apresentados pelos membros da comissão. De extrema relevância são os dois documentos finais sobre o assunto, quais sejam, as conclusões do grupo de estudo e o relatório final, ambos apresentados na sessão de 2006.

As conclusões³⁷ do grupo apontam inicialmente o direito internacional como um sistema jurídico, com regras e princípios relacionados, com relações significativas entre si. Nesse sentido, assevera o caráter sistêmico do direito internacional. As relações entre essas normas poderiam, por sua vez, ser de interpretação ou de conflito. É no segundo caso que residiria o problema da fragmentação, onde duas normas válidas e aplicáveis ofereceriam respostas diferentes para uma dada situação, ensejando uma escolha que deve ser feita, no

³³ Sobre os casos Tadic e Nicarágua e os testes aplicáveis em ambos, acessar: CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadic tests revisited in light of the ICJ judgement on genocide in Bosnia. **The European Journal of International Law**, Florença, v. 18, n. 4, p. 649-668, 2007. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/18/4/233.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2018.

³⁴ Essa hipótese, como será visto, é a de maior relevância para o trabalho.

³⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Report of the Study Group on Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**, 2003. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.644>>. Acesso em 09 nov. 2018. p. 7.

³⁶ Para estudo de Galicki sobre a hierarquia no direito internacional, acessar: BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James, PELLET, Alain; WITTICH, Stephan. **International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner**. Leiden: Martins Nijhoff Publishers, 2008.

³⁷ O transcrição do documento onde constam as conclusões do grupo de estudos encontra-se no anexo A do trabalho.

entendimento da Comissão, a partir dos dispositivos da Convenção de Viena sobre os Direitos do Tratado de 1969, sobretudo os inseridos entre seus artigos 31 e 33.³⁸

É consagrada como prioritária a nomenclatura “regimes especiais” (*self-contained regimes*), já que foram descritos como prevalecendo ante o direito geral na mesma condição de *lex specialis*. Ademais, por sua especialidade, não se pode resolver conflitos entre regimes pelo critério cronológico da *legi posteriori derogat legi priori*. Deve ser aplicado o princípio da harmonização, buscando realizar as disposições de ambos os regimes na melhor forma possível.³⁹

Cabe aqui uma reflexão. Para resolver disputas entre regimes, que costumam ter meios próprios de solução de conflitos, parece correto que estas não sejam levadas à análise por esses órgãos. Ao serem formados em *ethos* típicos, é natural que acabem realizando seu julgamento conforme sua influência. Assim, parece inevitável que o Tribunal Internacional do Direito do Mar, ao analisar uma questão que envolva a regulação do domínio marinho e a liberdade de comércio internacional, julgue sob a inspiração do primeiro ponto. Dadas as opções possíveis, entende-se que a Corte Internacional de Justiça, pela generalidade de sua jurisdição, deve ser o órgão responsável por tratar tais questões, amparada no artigo 36 de seu estatuto.⁴⁰

Conclusões relevantes são feitas pela Comissão acerca da hierarquia das normas de direito internacional, representadas pelas normas de *jus cogens*, as obrigações *erga omnes* e o artigo 103 da Carta da ONU.⁴¹ Essas normas, por suas particularidades, transcenderiam a

³⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law.** Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>. Acesso em 04 dez. 2018. p. 3.

³⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law.** Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>. Acesso em 04 dez. 2018. p. 6.

⁴⁰ “A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** 1945. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em 04 dez. 2018.

⁴¹ “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

concepção de igualdade entre as fontes das gentes. Em caso de choque contra uma dessas normas, em caso de impossibilidade de adequar à sua interpretação a norma inferior, não seria possível o uso do princípio da harmonização, prevalecendo inteiramente a regra ou princípio hierarquicamente superior.

O relatório final foi escrito pelo *chairman* Koskenniemi. Nesse sentido, contém reflexões particulares sobre o assunto, que permitem notar uma diferente visão sobre o tema em comparação com a conclusão de todo o grupo.

The relationship between two or more treaties is governed by Article 30 of the 1969 Vienna Convention, which is entitled "Application of successive treaties relating to the same subject matter." Article 30 establishes reasonably clear provisions that are used more or less mechanically to determine which treaty obligation is to apply when two or more treaties adopted at different times but relating to the same subject matter are in conflict.

Na primeira parte de sua exposição, há relevante discussão sobre a natureza dos conflitos normativos. É enfatizado o comando da CVDT para o relacionamento entre tratados sobre o mesmo assunto, disposto em seu artigo 30.⁴² O relatório questiona a interpretação de que, por essa razão, um conflito entre tratados de diferentes assuntos não se valeriam de suas regras de interpretação. Para fundamentar esse questionamento, argumenta que a diferenciação dos assuntos dos tratados não tem um valor normativo *per se*, sendo apenas descrições feitas dos instrumentos a partir de uma determinada perspectiva.⁴³

Na verdade, a maioria desses instrumentos poderia ser descrita a partir de várias perspectivas: um tratado sobre comércio internacional, por exemplo, também pode versar sobre matéria ambiental. Seria menos um assunto de natureza do instrumento que do interesse por ele descrito. O relatório opta por adotar, então, uma noção mais abrangente de conflito, como uma situação onde duas regras ou princípios sugerem diferentes caminhos para lidar com um problema.⁴⁴

da presente Carta." In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 04 dez. 2018.

⁴² SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, **Yale Human Rights and Development Journal**, v. 1, ed. 1, p. 85-106, 1998. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/>>. Acesso em 15 jan. 2019.

⁴³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 17.

⁴⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 17.

Prossegue o texto discorrendo sobre os conflitos entre lei geral e lei especial. Frisa que a máxima de que *lex specialis derogat legi generali* não admite aplicação automática, existindo duas dificuldades acerca de sua utilização. A primeira é a dificuldade bastante comum de distinguir o que é geral e o que é particular. São especulações aparentemente fáceis de materializar, mas que, na verdade, encontram difícil consenso. A segunda é a relação pouco clara desse preceito com outras técnicas de solução de conflitos, como, por exemplo, a concepção de que uma lei posterior derroga uma lei anterior. Não obstante, assevera que o fato de uma regra especial se aproximar mais do assunto que uma geral, regulando-o de forma mais efetiva, acabou fazendo dela uma técnica amplamente utilizada na jurisprudência internacional.⁴⁵

O papel da *lex specialis* não pode ser dissociado de avaliação sobre a natureza e os propósitos do direito geral que busca modificar. Nenhum tratado ou costume, por mais específico que seja, é aplicado em um vácuo. Deve-se, portanto, considerar o ambiente normativo para classificar uma regra como especial. Se é invocado um direito com base em lei especial, a validade dessa demanda só poderá ser decidida com base em todo o pano de fundo do sistema jurídico que diz como leis especiais são estabelecidas como tais.⁴⁶ Ou seja, deve-se entender o que torna aquela lei especial, e se essa condição fundamenta a sua aplicação no caso prático.

Entra em seguida na caracterização dos regimes autocontidos. Estes seriam uma subcategoria de lei especial, em sua forma forte. É marcada pela existência de regras particulares de responsabilização com prioridade sobre as normas gerais de responsabilidade internacional. É uma abordagem alinhada com o entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso *Hostages*, onde a CIJ identificou o direito diplomático como um regime autocontido precisamente por ter o seu próprio sistema de reação a violações.⁴⁷

⁴⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 36.

⁴⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 65.

⁴⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 66.

A definição supracitada, adotada pela Comissão, possui um sentido restrito, atrelado aos mecanismos de responsabilização internacional, e é a concepção mais técnica acerca das construções normativas surgidas a partir do processo de fragmentação. Existem, contudo, compreensões mais amplas do conceito:

Sometimes whole fields of functional specialization, of diplomatic and academic expertise, are described as self-contained (whether or not that word is used) in the sense that special rules and techniques of interpretation and administration are thought to apply. For instance, fields such as “human rights law”, “WTO law”, “European law/EU law”, “humanitarian law”, “space law”, among others, are often identified as “special” in the sense that rules of general international law are assumed to be modified or even excluded in their administration.⁴⁸

Conforme o excerto, percebe-se que as concepções mais comuns acerca dos denominados regimes autocontidos dizem respeito a uma variante mais ampla do fenômeno. Para um estudo sobre coerência normativa no direito internacional, essa caracterização possui mais relevância, pois é aquela mais utilizada nas pesquisas acadêmicas da área, e que melhor descreve a formação de subsistemas de direito internacional.

As conclusões do estudo permitem estabelecer parâmetros para as discussões que seguirão acerca do processo de fragmentação. Inicialmente, é posto que a emergência uma cooperação técnica especializada, como comércio, meio ambiente, direitos humanos, recursos marinhos, entre outros, é um aspecto da globalização. Seriam temas onde o direito nacional é insuficiente para sua regulamentação, reflexo da natureza transnacional. Ao mesmo tempo, o direito internacional tradicional também teria dificuldade para regular os assuntos, pois apenas abordaria os seus objetivos e necessidades. Como consequência, essas redes tenderiam a desenvolver suas próprias regras e sistema, se formando sobretudo a partir de cooperação intergovernamental com o auxílio de organizações internacionais. O resultado desse fenômeno seria a emergência de regimes de direito internacional baseados em tratados e costumes moldados às necessidades e interesses de cada rede, raramente levando aquilo que lhe é exterior em consideração.⁴⁹

Percebe-se a descrição do que Koskenniemi concluiu como a grande preocupação sobre a fragmentação do direito internacional: a formação de sistemas normativos sem uma

⁴⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 68.

⁴⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 244.

relação clara entre si. Respostas sobre um assunto dependeriam basicamente do enfoque atribuído pelo interlocutor a cada uma das áreas conflitantes. É uma interpretação que considera a subjetividade do jurista.

Koskenniemi aponta ainda que a ausência de hierarquias dentro do direito internacional não significa que conflitos normativos devem resultar em uma paralisia. Nessas circunstâncias residiria a relevância dos mecanismos clássicos de resolução de conflitos. Contudo, sua eficiência seria limitada, incapaz de resolver conflitos entre regimes com preferências muito diversas.⁵⁰

O relatório deixa então muitos questionamentos sem resposta. Dentre estes, o mais notório problema é sobre como proceder com relação e esses conflitos entre regimes autocontidos, já que entende ser limitada a possibilidade de deslinde através das técnicas tradicionais:

They should reflect the (political) preferences of international actors, above all States. Normative conflicts do not arise as technical “mistakes” that could be “avoided” by a more sophisticated way of legal reasoning. New rules and legal regimes emerge as responses to new preferences, and sometimes out of conscious effort to deviate from preferences as they existed under old regimes. They require a legislative, not a legal-technical response.

Não haveria, então, uma resposta pelo direito. Para alcançar esse resultado, entendeu Koskenniemi que deveria ser fornecida uma opção política, formalizada na legislação, fora do escopo do trabalho realizado, que pretendia apenas estudar o fenômeno em si.

É possível dizer que o relatório de Koskenniemi concorre em alguns pontos com as conclusões do grupo de estudos da Comissão de Direito Internacional, a despeito de tê-la presidido. Enquanto obra coletiva, este último tem seu conteúdo matizado pelas diferentes visões de seus formuladores, ao passo que, em seu estudo, Koskenniemi teorizou conforme sua própria interpretação.

As conclusões do grupo de estudo são mais objetivas que o relatório. Ao sintetizar suas considerações em pouco mais de seis páginas, foram definidas regras gerais para lidar com o problema da fragmentação. Koskenniemi, por sua vez, apesar da análise minuciosa, oferece poucos esclarecimentos sobre a solução de conflitos entre regimes autocontidos (o que não era, cumpre ressaltar, o seu intento). Nesse sentido, relevante será o estudo das

⁵⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 247.

propostas doutrinárias para solução de conflitos entre esses regimes complexos, que serão estudadas em momento posterior. Não obstante, cada um, a seu próprio estilo, forneceu valiosas contribuições ao estudo da fragmentação do direito internacional. Representam um avanço em relação ao estudo inicial de Gerhard Hafner, que praticamente apontava a inexistência de um direito internacional de fato.

Ambos, conclusões do grupo de estudo e relatório do presidente, não esgotam, o assunto. Assim, cumpre analisar agora outras interpretações sobre a fragmentação do direito internacional.

1.2.1 Críticas à abordagem fragmentária do direito internacional

A despeito de não ofertar uma medida prática acerca do tema, o relatório gerou grande repercussão, reflexo da abordagem dada ao fenômeno. O papel de balizador das discussões sobre a fragmentação do direito internacional que lhe é atribuído decorre não apenas do seu funcionamento como norte teórico para aqueles pesquisadores que o consideraram bem sucedido, mas também da grande quantidade de críticas recebidas pela doutrina especializada. Não obstante, existem várias discussões sobre o tema que o antecedem, que foram travadas simultaneamente e que o sucedem. Nesse tópico, serão analisadas algumas das demais questões levantadas sobre o processo, inclusive aquelas que dialogam com o relatório de Koskenniemi.

Interessantes reflexões no sentido crítico foram feitas na doutrina brasileira. Nesse contexto, é possível verificar uma abordagem bastante crítica à teoria fragmentária, norteadas pelos ensinamentos do Professor Wagner Menezes, da Universidade de São Paulo. A despeito de visualizar observações relevantes no relatório da Comissão, especialmente no tocante ao atual panorama da disciplina, Menezes é bastante crítico da própria concepção de fragmentação, que foi assumida no relatório estudado no tópico anterior. Essa visão careceria de base jurídica, configurando um equívoco epistemológico a interpretação de um ordenamento jurídico como fragmentado.⁵¹

Outro ponto da crítica feita por Menezes é o fato de que, a despeito de todos os relatórios criticarem a interpretação do direito internacional de forma semelhante ao direito interno, teria sido essa associação utilizada para reconhecer a fragmentação. Nesse sentido, é

⁵¹ MENEZES, Wagner (Org). **Direito Internacional Contemporâneo e seu Fundamento**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 2.

ênfatisado o mesmo risco de incoerência experimentado pelo direito interno, a despeito do seu modo de produção normativa ser bastante distinto do direito internacional.⁵²

O pensamento de Wagner Menezes tem contribuído para o desenvolvimento de uma espécie de corrente crítica à abordagem fragmentária do direito internacional. Nesse sentido, diversos pesquisadores oriundos da Universidade de São Paulo passaram a evidenciar as suas contradições, diferentemente da doutrina estrangeira, que aparentemente tende à aceitação da abordagem descrita pela Comissão.⁵³ Nesse sentido, são exemplos as reflexões de Camilla Capucio, para quem as premissas do discurso fragmentário estariam equivocadas, calcadas em conceitos alheios à formulação do direito internacional. A unidade desse direito estaria mantida, tão somente passando por uma reafirmação.⁵⁴

Na doutrina estrangeira, Joost Pauwelyn desponta entre os críticos da fragmentação do direito internacional. Entende que as implicações normativas da fragmentação são superestimadas, pois seu grande problema seria técnico. Esse posicionamento é reflexo de entender que a resolução de conflitos não é apenas possível em um sistema coerente. Nos casos opostos é que residiria a questão técnica: existindo conflitos em um ordenamento com falhas de coerência, seria necessário estabelecer diferentes mecanismos para resolvê-los. Assim, afasta-se a possibilidade de tratar o problema tão somente a partir das estratégias clássicas de resolução de antinomias.

Para Pauwelyn, bem como para Menezes, haveria aspectos positivos nessa fragmentação. A criação e o cumprimento da lei a partir da atuação de organizações especializadas estaria tornando o direito melhor. O que precisaria ser evitado, na verdade, é a fragmentação como direcionamento a “ilhas autocontidas” (*self-contained islands*) de direito internacional, desligadas de outros ramos. As instituições especializadas deveriam continuar a fazer e a promover o cumprimento de seu direito especializado, mas sem deixar de consideração o direito internacional geral e o direito feito dentro de outras instituições.⁵⁵

⁵² MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 306.

⁵³ PAUWELYN, Joost; MICHAELS, Ralf. Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 349-376, 2012. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss3/3/>>. Acesso em 09 dez. 2018. p. 350.

⁵⁴ CAPUCIO, Camilla. A fragmentação do direito internacional: entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 311-338, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133515>>. Acesso em 09 dez. 2018. p. 331.

⁵⁵ PAUWELYN, Joost. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 903-916, 2004. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mjil/vol25/iss4/6/>>. Acesso em 09 dez. 2018. p. 904.

Pierre-Marie Dupuy chega a criticar o próprio conceito de regime autocontido. Seria uma ilusão apontar subsistemas independentes da estrutura normativa geral da ordem jurídica internacional. Esses regimes especiais, na verdade, se direcionariam para o direito internacional geral em busca de resolver algumas de suas questões, ressaltando a sua incompletude.⁵⁶

Entende-se que as críticas contidas nesse tópico encontram guarida nas noções fundamentais de Teoria do Direito, que estariam subvertidas na interpretação de um direito fragmentado. No que diz respeito ao direito internacional, de especial valia seriam as reflexões da doutrina positivista de teoria do direito, de autores como Kelsen, Bobbio e Hart. Assim, passa-se agora a analisar a contribuição do pensamento positivista para a unidade e a coerência do direito internacional.

1.3 A contribuição positivista à Teoria do Direito e ao funcionamento do Direito Internacional

Dentre os diversos autores positivistas com trabalhos envolvendo o direito internacional, Hans Kelsen se destaca. Para esse estudo, é especialmente relevante a reflexão de Kelsen sobre as relações entre direito interno e direito internacional. Para Kelsen, enquanto teórico do monismo com primazia do direito das gentes, o conflito entre norma de direito internacional e norma de direito nacional seria um conflito entre norma superior e outra inferior. Esse entendimento é reflexo de entender o monismo como adequado para descrever a ordem jurídica. Haveria uma unidade entre o direito internacional e o direito estatal. Kelsen critica o dualismo (e o pluralismo em geral) por não se sustentar no campo lógico: seria impossível supor que normas simultaneamente válidas pertençam a sistemas mutuamente independentes.⁵⁷

Percebe-se no parágrafo acima uma das grandes marcas da contribuição positivista: uma análise do sistema jurídico conforme seu fundamento de validade. Um sistema jurídico seria o conjunto de todas as leis decorrentes de uma mesma norma fundamental.⁵⁸ Seria então o direito um sistema dinâmico, validado pela autoridade que possui para impor normas⁵⁹. Se

⁵⁶ DUPUY, P. M. A doctrinal debate in the globalization era: on the “fragmentation” of international law. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 1, 2007. Disponível em: <https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/pdfs/Spring_Summer2007/_A_DOCTRINAL_DEBATE_IN_THE_GLOBALISATION_ERA_%20_ON_THE_%E2%80%9CFRAGMENTATION%E2%80%9D_OF_INTERNATIONAL_LAW_.pdf>. Acesso em 09 dez. 2018.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 494-495.

⁵⁸ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 127.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 219.

formaria então um sistema escalonado, onde um conjunto de normas retiraria sua validade de um outro conjunto imediatamente superior.

No mesmo sentido vai Bobbio ao defender a coerência do ordenamento jurídico. Um ordenamento jurídico constituiria um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis.⁶⁰ Por essa razão, Bobbio desenvolve a noção de antinomias e seus mecanismos de resolução. Antinomia seria a situação onde, existindo duas normas positivadas, uma obrigaria e outra proibiria uma determinada situação, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite aquele comportamento.⁶¹ Devem ainda pertencer ao mesmo ordenamento e ter o mesmo âmbito de validade.⁶²

Os critérios de resolução de antinomias são algumas das técnicas já levantadas anteriormente ao discorrer sobre o relatório de Koskenniemi na Comissão de Direito Internacional. São os critérios cronológicos, onde a lei posterior derroga a lei anterior (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).⁶³ Cumpre enfatizar que é de difícil aplicação no direito internacional o critério hierárquico, já que há relativamente pouco tempo se passou a aceitar (e com grandes divergências) a prevalência de algumas normas internacionais frente às demais, como já mencionado, a Carta da ONU, as obrigações *erga omnes* e as normas de *jus cogens*.

Da teoria do direito de matiz positivista também advém críticas ao direito internacional. Pelo ceticismo em que se baseia, são marcantes as posições de Herbert Hart. Para Hart, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição compulsória e de sanções centralmente organizadas demonstrariam que o direito internacional consiste em um tipo simples de estrutura social, baseado apenas em normas primárias de obrigação.⁶⁴ Hart descreve o direito como a união entre regras primárias e secundárias. Regras primárias seriam aquelas capazes de impor condutas aos seus destinatários. Por sua vez, regras secundárias são aquelas que especificam as regras primárias. Essas regras secundárias, contudo, existiriam apenas em sistemas jurídicos desenvolvidos, o que não seria o caso do direito internacional.⁶⁵

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 84.

⁶¹ No direito internacional, as antinomias se voltam para a dualidade proíbe/permite.

⁶² *Ibidem*, p. 90.

⁶³ *Ibidem*, p. 94-97.

⁶⁴ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 276.

⁶⁵ KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, A. L. T. A.; FREIRE, A. L. (coords.) **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e

Deve-se assentir, contudo, que críticas estruturais ao direito internacional, que buscam contestar a sua própria juridicidade, são frequentes em várias correntes de pensamento. Não obstante a existência de manifestações nesse sentido na doutrina positivista clássica⁶⁶, as contribuições feitas sob sua ótica ao direito das gentes são marcantes, especialmente pelo interesse internacionalista de Kelsen. Da mesma forma Bobbio, a despeito de não ter trabalhado especificamente o direito internacional, contribuiu para a conformação da matéria ao estruturar o sistema jurídico de forma complementar à de Kelsen. Ao refletirem ambos sobre a unidade e a coerência no direito ao mesmo tempo em que alçaram o direito internacional a um patamar elevado no escalonamento das normas, contribuíram para a consolidação de sua efetividade.

1.4 Uma visão fragmentada das relações internacionais: o caso dos regimes internacionais

Entende-se importante trazer para o trabalho uma breve exposição sobre os regimes nas relações internacionais. A razão dessa opção é reflexo de guardarem esses regimes uma certa semelhança com aqueles inseridos na lógica fragmentária do direito internacional. Existem essas formulações, ademais, em virtude do mesmo objetivo, qual seja, melhor atender a sociedade internacional. Os regimes jurídicos internacionais são instrumentos de concretização da governança global.⁶⁷

Trabalho paradigmático no campo de estudo dos regimes internacionais é o de Stephen Krasner, publicado originalmente em 1982. Krasner os define como “princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões de determinada área das relações internacionais

Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em 11 dez. 2018.

⁶⁶ Outro exemplo é o do pensamento de John Austin, para quem “uma vez que o direito positivo seja entendido como ordem outorgada por alguém que não está subordinado a mais ninguém (o soberano), então o direito internacional, na condição de conjunto de regras de coordenação entre soberanos não pode ser considerado direito positivo, visto que não é ordenado por um superior político a seus inferiores.” Para uma breve análise da teoria do direito de Austin, acessar: CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, A. L. T. A.; FREIRE, A. L. (coords.) **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>>. Acesso em 11 dez. 2018.

⁶⁷ LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 215-228. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2069/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 221.

em torno dos quais convergem as expectativas dos atores”.⁶⁸ Seriam basicamente sistemas inseridos no espaço de atuação política internacional a versar sobre temáticas de relevância especial para todo o sistema. Existe, por exemplo, um regime internacional sobre mudanças climáticas, um regime sobre não-proliferação nuclear, entre outros.

A ideia central da construção de regimes internacionais se pauta no aprofundamento da cooperação entre Estados. Configurado o sistema internacional como essencialmente anárquico, a despeito da teoria predominante em relações internacionais, admite-se uma cooperação interessada em agentes, seja por egoísmo ou idealismo. Regimes seriam uma decorrência dessa cooperação, uma demonstração que, como ensina Battistella, “apesar da estrutura anárquica do sistema internacional, o comportamento internacional é institucionalizado”.⁶⁹

A noção de regimes para as relações internacionais se insere dentro do conceito maior de governança global. Esse conceito denota basicamente um movimento de cooperação entre atores das relações internacionais. Sua definição passa por quatro dimensões, que formam o seu arcabouço: seu caráter instrumental, a participação das partes no processo de decisão, a busca por consenso e uma dimensão institucional.⁷⁰ A relação entre governança global e regimes internacionais é descrita por Alcindo Gonçalves:

Governança global e regimes internacionais não se confundem num corpo analítico único, nem se reduzem a abordagens semelhantes que destacariam, com características análogas, o papel das instituições na solução de questões internacionais. Há, entretanto, relação entre os dois conceitos. Partindo da definição mais ampla de governança, torna-se mais simples compreender a diferença. Governança é a totalidade das maneiras pelas quais são administrados os problemas comuns. Regimes internacionais seriam, portanto, uma das maneiras possíveis de promover a governança global.⁷¹

É possível traçar uma analogia, com pretensões unicamente didáticas, entre o direito internacional e a governança global, entre os regimes autocontidos e os regimes internacionais. Os dois primeiros funcionariam basicamente como as construções mais abrangentes da cooperação no campo jurídico e político, respectivamente. As duas últimas, por sua vez,

⁶⁸ KRASNER, Stephen D. Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 42, p. 93-110, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782012000200008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 09 dez. 2018.

⁶⁹ BATTISTELLA, Dario. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo: SENAC, 2014. p. 367.

⁷⁰ GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**, vol. 12, n. 125, p. 40-45, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/3311/3502>>. Acesso em 16 nov. 2018. p. 2.

⁷¹ GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**, vol. 12, n. 125, p. 40-45, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/3311/3502>>. Acesso em 16 nov. 2018. p. 4.

estariam inseridas no âmbito das primeiras, posto que são campos especializados dessa cooperação.

Outra semelhante é mesmo a possibilidade de conflitos decorrentes da sobreposição entre regimes internacionais. Exemplo dessa situação é descrita por Kristin Rosendal, no caso do regime de propriedade intelectual (TRIPS) da OMC e aquele regido pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CBD).⁷²

As aparentes semelhanças, contudo, não devem balizar a configuração de fato de regimes de fato dentro do direito internacional. A natureza do direito internacional, jurídica, é diferente das relações internacionais, eminente política. Assim, ambos são regidos por lógicas distintas. Não há, ademais, uma preocupação desses regimes com a função de um sistema jurídico constituído a eles sobreposto, já que se voltam para as relações internacionais.⁷³ Associar a configuração dos regimes das relações internacionais, consolidados na prática de sua disciplina, àqueles do direito internacional, ainda polêmicos, como forma de fundamentá-los, é equívoco epistemológico.

1.5 Conclusões sobre a coerência e a unidade do direito internacional: por que o direito internacional não é fragmentado?

Apresentadas as discussões e debates mais notórios acerca do caráter sistêmico do direito internacional, convém realizar um repasse crítico sobre as interpretações trazidas nesse capítulo. A diferenciação funcional entre os regimes de direito internacional não é mero artifício didático. Há, com efeito, um direcionamento dos variados campos que compõem o direito internacional para a guarda de um valor próprio. Essa marca, por sua vez, não se resume à mera prescrição normativa. Se assim fosse, seriam, de fato, construções perceptíveis apenas no âmbito dos estudos da disciplina, que separaria seu conteúdo em partes para sua melhor compreensão. Na verdade, esses subsistemas se materializam também na criação de organizações internacionais para promover o seu desenvolvimento, e de mecanismos de solução de controvérsias, como cortes arbitrais e verdadeiros tribunais internacionais, capazes de dirimir conflitos e punir violações. Seria, portanto, adequado falar em regimes de direito internacional, dado o caráter axiológico particular que possuem.

⁷² ROSENDAL, Kristin G. Impacts of overlapping international regimes: the case of biodiversity. **Global Governance**, vol. 7, p. 95-117, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27800288?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents>. Acesso em 16 nov. 2018.

⁷³ NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos**: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 102.

É conveniente refletir sobre alguns exemplos, dentre os quais podemos visualizar campos que dialogam mais ou menos entre si. No primeiro caso, o direito do mar e o direito internacional do meio ambiente se destacam. A regulamentação do uso do espaço marinho é reflexo do interesse dos Estados em sua exploração. Pesca, extração mineral e mesmo testes bélicos são atividades nesse sentido. Para tanto, surge o direito do mar também como meio de preservação ambiental. Conforme Wagner Menezes:

Daí explica-se a incorporação da consciência com a preocupação ambiental ao direito do mar, o que se deu essencialmente em razão de um conjunto emergente de temas e fatos que colocavam o espaço marítimo como um ambiente em que os danos ambientais são irreversíveis, não só para as espécies vegetais e animais, mas também para os seres humanos, tendo em vista a poluição telúrica, os vazamentos de petróleo e combustível, o alijamento de detritos no mar com a poluição dos mares e oceanos. Assim, compreende-se o dever que se impõe à sociedade internacional de exigir a adoção de mecanismos comuns para proteção do meio ambiente marinho, com espírito de cooperação.⁷⁴

Ao compartilhar de preocupações notoriamente voltadas para o direito do meio ambiente, percebe-se que esses ramos não são estanques, mas inter-relacionados. Menezes, inclusive, enfatiza preceitos comuns, como o princípio do poluidor pagador e o dever de não poluir.⁷⁵ Assim, defender um elemento axiológico próprio a esses campos não implica em sua separação. Caso essa diferenciação fosse completa, entende-se que, por lógica, conflitos não seriam possíveis. Há elementos comuns a todo o direito internacional, unindo todo o sistema, ideia que será tratada em momento posterior.

Exemplo clássico de regimes que consagram valores distintos, quase antagônicos, e que por isso enfrentam constantes atritos são o direito internacional do trabalho e o direito do comércio internacional. Valiosa contribuição ao estudo do tema está presente em dissertação defendida neste Programa de Pós-Graduação em Direito, da autoria de Gustavo Fernandes Meireles. Ao analisar a interação entre os dois organismos responsáveis pela difusão internacional do trabalho e do comércio, OIT e OMC, assevera serem orientados por racionalidades distintas, no que a dificuldade de harmonização acaba por resultar em constantes entraves na interação entre ambas as organizações.⁷⁶ Nesse caso, diferentemente do exemplo levantado no parágrafo, são modestos os elementos jurídicos de ligação. Não obstante, são ambos parte de um direito internacional, de modo que se mostra correto buscar

⁷⁴ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: Funag, 2014. p. 39.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 125-126.

⁷⁶ MEIRELES, G. F. **Trabalho, Comércio e Dignidade: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12842/1/2014_dis_gfmeireles.pdf>. Acesso em 03 dez. 2018. p. 248.

elementos de coordenação. Meireles sugere o aprofundamento do Diálogo das Fontes, conceito que será estudado na parte final da presente dissertação, quando os métodos de harmonização⁷⁷ desenvolvidos pela doutrina serão estudados.

Contudo, parece inadequado apontar uma fragmentação do direito internacional. Não há uma ruptura, mas um direito, refletido em um só ordenamento. Entende-se mais adequado assentir em um processo de ramificação ou especialização do direito internacional, que cada vez mais se desenvolve como forma de responder às demandas da própria sociedade. Essas nomenclaturas não carregam a carga de rompimento imposta pela teoria da fragmentação, sem ignorar a existência de uma evolução do direito pela sua diferenciação em campos específicos.

Pede cautela a associação com teoria das relações internacionais. O direito internacional padece, de forma inevitável, de grande interferência dos interesses políticos das potências globais. Esse fazer político é trabalhado em sua metodologia sobretudo a partir de elementos da história e da ciência política, e a partir desses campos que busca a sua fundamentação. Ora, não há, assim, qualquer óbice a uma abordagem fragmentária da teoria das relações internacionais. Sua divisão em regimes é apenas mais uma faceta da interação entre política e história. O mesmo não ocorre no direito, cujos pressupostos pedem a observância de requisitos para que determinado conjunto de normas seja descrito como jurídico.

A abordagem positivista fornece melhores respostas para o dever de coerência e unidade que guarda o direito internacional. O positivismo jurídico compreende melhor a lógica do direito, justamente por almejar a sua cientificidade. Assim, fornece subsídios para interpretar os conceitos de ordenamento jurídico, hierarquia e solução de conflitos, essenciais para entender o tratamento que se busca dar nesse trabalho ao problema da fragmentação. Não obstante, ao afastar a interferência de outras áreas do conhecimento na ciência jurídica, acaba caindo em uma utopia. Não se pode, por exemplo, negar o forte elemento político que interfere no direito internacional. Mesmo a sociologia também contribuiu para a sua formação e ainda agrega ao seu desenvolvimento. Não seria incorreto reconhecer a contribuição de outros campos do conhecimento ao direito, como faz o positivismo jurídico. Errado seria uma confusão de abordagens e de métodos, equívoco em que não incorre.

⁷⁷ Harmonização é aqui utilizada como uma forma de trazer certa similaridade, compatibilidade entre as normas jurídicas. In: ANDERSEN, Camilla. Defining Uniformity in Law. **Uniform Law Review**, v. 12, n. 1, p. 5-54, 2007. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/12/1/5/1652695?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 15

A melhor técnica deve envolver critérios de harmonização das normas em colisão. Esse entendimento decorre de uma particularidade do direito internacional, a inexistência, em regra, de uma hierarquia entre suas disposições.⁷⁸ Seria método semelhante ao utilizado nas colisões entre princípios do direito interno, consagrada na teoria dos direitos fundamentais.⁷⁹ Em ambos os casos, busca-se representar lógicas diferentes de interpretação de uma mesma questão.

Esse pressuposto é também reflexo da influência da política no direito. É estabelecida uma composição, cedendo ambos os *ethos* em disputa para garantir que pelo menos as noções elementares de seu prognóstico estejam presentes. Dada a diversidade da sociedade internacional, é ilusório buscar uma afirmação dos pontos de vista sem que percepções conflitantes se contraponham. É o caso clássico do embate entre preservação ambiental e crescimento econômico, que, ao longo da segunda metade do século XX, foi alvo de constantes reflexões sobre como alcançar um denominador comum. Como resultado, foi proposto o conceito de desenvolvimento sustentável, que mitiga ambas as posições sem deixar de representá-las satisfatoriamente.

As resoluções de conflitos, por óbvio, são feitas por órgãos competentes para tanto. Assim, se desenvolve a necessidade de refletir sobre a jurisdição cabível em situações de conflito entre regimes de direito internacional. Nessas circunstâncias, não faria sentido resolver o problema a partir de jurisdição particular a uma das matérias, posto que seriam especializadas naquele campo ao qual se vinculam. A jurisdição, assim, deveria caber à Corte Internacional de Justiça, tribunal de competência ampla, geral, reflexo de sua disposição como “principal órgão judiciário das Nações Unidas.”⁸⁰

⁷⁸ Ao mencionar essa hierarquia apenas como regra, busca-se ressaltar as exceções cada vez mais consolidadas na doutrina das normas de *jus cogens*, a Carta da ONU, em razão do seu artigo 103, e mesmo as obrigações *erga omnes*.

⁷⁹ Sobre o assunto, ler: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸⁰ Conforme o artigo 1º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, “A Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como o principal órgão judiciário das Nações Unidas, será constituída e funcionará de acordo com as disposições do presente Estatuto.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 1945. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em 10 dez. 2018.

2 COMO OCORREM OS CONFLITOS ENVOLVENDO NORMAS DE DIREITO DO MAR?

O direito do mar alude, sobretudo, à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, que codificou normas costumeiras e construiu consensos até então inexistentes. Esse conjunto de regras desponta, dentro do direito internacional, como um dos exemplos clássicos do processo de fragmentação por que passa a matéria.

Refletir sobre o papel do direito do mar no direito internacional é, de certa forma, pensar a partir de uma lógica de fragmentação. Se assume que há uma especialização de normas voltadas para aquele assunto que justifique a sua referência de forma isolada. O que seriam normas de direito do mar? Uma resposta para essa pergunta parece simples. Direito do mar seria, por exemplo, o conjunto de regras e normas relativas aos espaços marítimos.⁸¹ Mas como verificar essas regras? Decerto, esse direito é muito mais amplo que as normas contidas na Convenção. Existem outros tratados sobre direito do mar que não se reportam à Convenção. Da mesma forma, organizações voltadas para assuntos ligados ao mar funcionam de forma autônoma às Nações Unidas. É possível levantar ainda a seguinte questão: tratados voltados para outros regimes, como o direito do trabalho, por exemplo, poderiam conter normas de direito do mar? Em suma, o que se busca trazer é que definir o direito do mar parece tarefa muito mais fácil que demarcar sua abrangência no mundo das normas.

O problema dos regimes autocontidos não é somente, portanto, de ordem teórica, mas também prática. É extremamente difícil avaliar a dimensão desses regimes. Para estudar o direito do mar a partir de uma lógica fragmentária, faz-se necessário reconhecer essa dificuldade, que torna virtualmente impossível delimitar a sua vastidão. Assim, ao trabalhar o direito do mar enquanto conjunto de normas inseridas no direito internacional, serão buscadas regras e princípios que se entendem de direito do mar, a despeito de não se situarem, em alguns casos, em acordos tradicionalmente atribuídos à disciplina.

O presente capítulo busca situar o direito do mar dentro do debate sobre fragmentação. Como decorrência da finalidade dessa dissertação, que é o estudo da conformação entre as normas de direito do mar, pretende-se agora enfatizar os conflitos envolvendo esse ramo do direito. Parte então de uma pergunta-problema, como seu antecessor: como ocorrem os conflitos envolvendo o direito do mar? Para alcançar resposta a essa questão, será traçada, em primeiro tópico, análise que busca refletir sobre direito do mar e seu *status* legal em face do direito internacional, isto é, se seria o direito do mar um verdadeiro regime autocontido ou se

⁸¹ ZANELLA, Tiago V. **Manual de Direito do Mar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 33.

teria outra configuração. Para tanto, serão retomadas as reflexões sobre essa espécie de subsistema, relacionando-a ainda com os conceitos tradicionais de ordenamento e de sistema jurídico. Em seguida, haverá exposição de conflitos envolvendo normas típicas de direito do mar, tanto entre si como ante as tradicionalmente relacionadas a outros ramos do direito internacional. Optou-se por ilustrar o problema a partir de alguns dos casos mais emblemáticos envolvendo o problema da fragmentação.

2.1 O Direito do Mar é um regime autocontido?

Após discorrer sobre a estrutura do direito internacional, cumpre avaliar o *status* do direito do mar, se seria ou não um regime autocontido. Para tanto, se mostra importante, de início, repassar o seu desenvolvimento.

O direito do mar tem sua construção assentada no estabelecimento de costumes e de sua posterior positivação.⁸² Não existiam, nas primeiras práticas relacionadas com a regulação do espaço marinho, leis escritas e tampouco órgãos formuladores. Posteriormente, evoluiu o direito internacional geral com a paulatina positivação de suas normas costumeiras, garantindo maior segurança às relações entre Estados. Inicialmente marcado pela bilateralidade, esse processo atingiu um novo marco a partir do século XX, especialmente após o encerramento da Segunda Guerra Mundial, inaugurando um momento em que se consolidou a sua codificação. Essa postura foi um reflexo da necessidade de fortalecer os acordos não apenas entre toda a coletividade, na expectativa de que mais segurança jurídica ensejasse igualmente uma maior segurança internacional.

O primeiro passo para a formação de um ordenamento que regulasse o uso dos oceanos foi dado no seio da mesma Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que se debruçou sobre o processo de fragmentação. Na sua primeira sessão, em 1949, foi apontado J. P. A. François como relator de projeto sobre um regime jurídico para o alto-mar. Esse relatório foi concluído e apresentado em sua oitava sessão, em 1956, servindo como base para os trabalhos da I Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.⁸³

Com o fim de institucionalizar, no âmbito multilateral, as regras para uso do domínio marinho, foi estabelecido um sistema de conferências responsáveis pela codificação do Direito do Mar. Assim, em 1958, ocorreu a I Conferência das Nações Unidas sobre Direito do

⁸² Um exemplo de direito costumeiro positivado na convenção é a liberdade de pesca em alto-mar, prevista no artigo 87 da Convenção. In: VICUÑA, Francisco Orrego. **The Changing International Law of High Seas Fisheries**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 13.

⁸³ TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 22.

Mar, realizada em Genebra, onde foram celebrados quatro tratados, sobre mar territorial e zona contígua, plataforma continental, alto-mar e pesca e conservação dos recursos vivos do alto-mar⁸⁴. Subsistiram, contudo, indefinições sobre pontos a serem trabalhados nas conferências seguintes. Entre eles, a extensão do mar territorial. O resultado dessa conferência inicial, apesar de demonstrar um avanço no tema, trouxe uma clara complicação: a existência de tratados separados possibilitava que os Estados não participassem de todo o novo ordenamento, aceitando apenas parte da regulação de um domínio que seria comum a todos.⁸⁵

A II Conferência, novamente realizada em Genebra e ocorrida em 1960, buscou alcançar acordos sobre a largura do mar territorial e os limites de pesca. No entanto, nenhuma proposta conseguiu os votos necessários para concluir as questões. Ademais, não trouxe avanços no sentido da unificação do ordenamento.

Estagnado o processo de evolução do tema, foi necessário surgir um novo contexto para que os trabalhos se desenvolvessem com mais solidez. A independência de dezenas de ex-colônias a partir dos anos 60 alterou a balança de poder na ONU. Surgiram grupos, como o G-77, que congregavam seus interesses comuns, inclusive em torno da utilização dos recursos marinhos.⁸⁶ As demandas desses países tiveram impacto muito pequeno nas convenções anteriores, de modo que era necessário estabelecer concessões a esse bloco para que o regime funcionasse efetivamente.

Grande marco dessa mudança de perspectiva ocorreu em 1967, com o discurso de Arvid Pardo, embaixador de Malta⁸⁷, na Assembleia-Geral daquele ano. Pardo buscou que fossem estabelecidos mecanismos para regulação dos fundos marinhos e seus recursos contidos além dos limites das jurisdições naturais.⁸⁸ Essa proposta funcionou como um catalizador para as novas discussões sobre o espaço marinho, tendo sido proposta, pela

⁸⁴ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: Funag, 2014. p. 30.

⁸⁵ HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 35.

⁸⁶ JAGOTA, S. P. Development in the Law of the Sea between 1970 and 1998: a Historical Perspective. **Journal of the History of International Law**, v. 2, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718050020956777>>. Acesso em 28 dez. 2018.

⁸⁷ A visibilidade alcançada nesse discurso pela República de Malta exemplifica bem o novo contexto em que ocorreram os trabalhos para a UNCLOS, visto que o país havia se tornado independente apenas três anos antes, em 1964.

⁸⁸ Essa sugestão foi reflexo de Pardo apontar os fundos marinhos como patrimônio comum da humanidade, ideia que o consagrou. Para uma análise do conceito, acessar: WALKER, George K. (Org.). **Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 134-137.

resolução 2750C de 17 de dezembro de 1970, a realização da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1973.⁸⁹

A III Conferência teve longa duração, sendo concluída somente em 1982, após 11 sessões de trabalho, com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Buscou reformar todo o direito do mar, não se atendo simplesmente ao que não estava pacificado. Exemplo desse intuito foi o fato de não ter se baseado, diferentemente de suas antecessoras, nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional. Inovação marcante foi a delimitação formal dos espaços marinhos, sistematizando a extensão do mar territorial, da zona contígua e da plataforma continental, bem como a disciplina sobre a zona contígua exclusiva.⁹⁰

Ao passar a análise desse conjunto de normas, deve-se, inicialmente, frisar: A CNUDM não deve ser vista como sinônimo de direito do mar. Existe várias outras disposições também concernentes ao espaço marinho. São exemplos as dezenas de convenções sobre pesca, dentre as quais muitas possuem abrangência limitada pelo seu caráter regional, como a Convenção relativa ao exercício da pesca no Atlântico Norte de 1967 (mais antiga que a Convenção sobre Direito do Mar, portanto). Existem mesmo regulações de direito comunitário, como a Política Comum de Pescas da União Europeia, que podem ser apontadas como pertencentes a um direito do mar e que não se encontram no quadro da Convenção.

Cumprir destacar, ademais, a existência de instituições voltadas para campos específicos do direito do mar, como a Organização Marítima Internacional, fundada em 1959, que é responsável pela regulação da navegação comercial, e o da Comissão Internacional da Baleia, de 1946, responsável desde então por contribuir para a preservação desse animal regulamentando a sua caça.^{91,92}

Percebe-se, pelos exemplos supramencionados, a complexidade do direito do mar. Seu conteúdo vem sendo formulado em momentos históricos distintos, a partir de países diferentes,

⁸⁹ TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 25-26.

⁹⁰ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: Funag, 2014. p. 89.

⁹¹ A Comissão Internacional da Baleia (*International Whaling Commission*) foi estabelecida pela Convenção internacional para regulamentação da pesca da baleia de 1946, com o fim de adotar regulamentações sobre quotas de captura, espécies protegidas e métodos de caça. A partir de 1982, foi instituída uma moratória à caça comercial em 1986. In: BOWMAN, Michael; DAVIES, Peter; REDGWELL, Catherine. **Lyster's International Wildlife Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 151-152.

⁹² Para consulta dos objetivos da Comissão Internacional da Baleia e seu tratado motivador, acessar: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia**, Washington, 1946. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/HTM-ANTIGOS/28524-50.HTM>>. Acesso em 28 dez. 2018.

com interesses muitas vezes opostos, sem que exista a segurança de um simulacro de constituição a lhe impor um caminho certo a ser tomado em caso de divergência, apesar de este ter parecido ser o seu intuito.⁹³ Todavia, há dispositivos que reconhecem a necessidade de uma atuação cooperativa da Convenção com outras instituições, como o artigo 123, que defende a participação de organizações regionais na cooperação entre Estados costeiros de um mar fechado ou semifechado.⁹⁴

É possível falar que existe um ordenamento de direito do mar? Se tomarmos uma classificação genérica, sim. Existe claramente, ainda que seja difícil dimensioná-lo, um conjunto de normas claramente voltadas para o direito do mar. Contudo, ao adotar um posicionamento metodologicamente mais preciso, entende-se que a resposta passa a ser negativa. Esse posicionamento decorre do reconhecimento, para esse tema, das contribuições do positivismo jurídico à Teoria Geral do Direito.

Desponta como uma das características do positivismo jurídico a unidade do ordenamento, baseada em uma norma fundamental.⁹⁵ Sendo o direito do mar efetivamente direito internacional, essas normas não existem por si, mas inseridas no ordenamento jurídico. Há apenas um direito internacional⁹⁶, no qual se inserem as normas de direito do mar.

Feitas essas considerações, traz-se a reflexão sobre sua condição de regime autocontido. Ao adotar uma perspectiva fragmentária do direito das gentes, ter-se-ia uma resposta afirmativa. O direito do mar é amplamente considerado um dos resultados desse processo. Seja em sua percepção mais genérica, voltada para o reconhecimento de ramos do direito das gentes, como também em sua modalidade forte, que demanda a existência de regras próprias para responsabilização, é possível alocar o direito do mar. São vários os mecanismos de solução de conflitos voltados para divergências sobre o domínio marinho

⁹³ Ao tempo de sua adoção, o presidente da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar apontou que seu objetivo seria “produzir uma constituição abrangente para os oceanos que suportaria o teste do tempo”. Apesar de concordar que a Convenção de fato é documento cuja contribuição deve ser bastante duradoura, entende-se completamente equivocada a comparação com um documento constitucional, dada a ausência de superioridade hierárquica do tratado face aos que tratam do mesmo assunto. In: ANDERSON, David. **Modern Law of the Sea: Selected Essays**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 50.

⁹⁴ BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. **International Law & The Environment**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 390.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 200.

⁹⁶ Não se pretende aqui adentrar nas discussões sobre as diferentes percepções sobre o direito internacional. O tema é demasiado complexo para ser tratado em uma dissertação que tem outra finalidade. Contudo, se sugere obra aclamada sobre o assunto: ROBERTS, Anthea. **Is International Law International?** Oxford: Oxford University Press, 2017.

como é o caso do Tribunal Internacional do Direito do Mar. Mesmo Koskenniemi descreve, no relatório, que o direito do mar seria um desses complexos normativos.⁹⁷

Há, não obstante, reflexões que ajudam a desqualificar a atribuição desse *status* ao direito do mar, associados com a contestação do próprio conceito de regime autocontido. Wagner Menezes, ao discorrer sobre os princípios de direito do mar, aponta que a existência de preceitos a individualizar esse campo não afastariam a sua coordenação com todo o direito internacional.⁹⁸ O jurista não nega o processo de especialização, mas matiza, de forma menos rígida, a sua separação dos outros campos, dada a existência de princípios gerais que norteiam todo o direito das gentes, como a igualdade soberana e a solução pacífica de controvérsias.

Essa reflexão leva a um questionamento dos pressupostos da caracterização do direito do mar como um regime autocontido. Ter mecanismos próprios de responsabilização justificam tal classificação? E dispor sobre um tema específico? Entendo que a resposta é negativa. A despeito de se reconhecer um processo de especialização no direito internacional, do qual o direito do mar é parte, não há rompimento, como levantado, do ordenamento. Para que fosse possível a conformação de regimes autocontidos, esse processo deveria levar a uma autonomia cada vez maior de suas regras, o que não parece ocorrer.

Contesta-se, portanto, a colocação do direito do mar como um regime autocontido, pois se questiona a própria teorização do conceito, não consoante com os preceitos clássicos de teoria do direito, aos quais o direito internacional obedece. Conforme Georges Abi-Saab, não importa quanto autônomo e particular seja, não é possível haver um regime totalmente autocontido na ordem jurídica. Se ele é parte dessa ordem, alguma relação deve existir com seu meio.⁹⁹

2.2 A fragmentação e o direito do mar em casos práticos

Sendo os conflitos entre normas o grande problema da fragmentação do direito internacional, situação que aqui é igualmente atribuída ao direito do mar, cumpre analisar alguns desses conflitos. Com esse fim, quatro conflitos diferentes foram trazidos. Ao trazer esses casos, não se buscou esgotar as situações de conflito envolvendo o direito do mar.

⁹⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>>. Acesso 09 nov. 2018. p. 11.

⁹⁸ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: Funag, 2014. p. 50.

⁹⁹ ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, n. 4, 1999, p. 919-933. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Abi_Saab.pdf>. Acesso em 29 dez. 2018.

Pretende-se usá-los enquanto ilustrações de como o problema pode ocorrer. O critério principal para a escolha de cada um foi a repercussão que causaram na doutrina que busca estudar a fragmentação do direito.

De início, com o caso *Mox Plant*, buscou-se trazer um problema de conflito entre cortes internacionais voltadas para diferentes escopos, dentre os quais o direito do mar é apenas uma das óticas presentes. Essa questão demonstra, portanto, não apenas o problema da sobreposição de competências entre esses órgãos, o que não é o escopo do trabalho, mas sobretudo como uma mesma situação permite várias interpretações. Como será visto, se, para uma das partes, o conflito envolvia o direito do mar, que justificaria a apreciação do caso por uma determinada corte, para outra parte seria um problema sobretudo de direito comunitário, onde ficaria responsável um outro órgão julgador.

O segundo conflito, presente nos *Southern Bluefin Tuna Cases*, envolve para ambas as partes, diferentemente do anterior, o direito do mar. A particularidade que justificou sua escolha, por sua vez, é a distinta interpretação sobre qual corte voltada para o direito do mar deveria solucionar o problema. Percebe-se, portanto, que a conformação de um regime dito como autocontido não implica na existência de um só mecanismo de solução de controvérsias. Parece razoável, nesse sentido, falar em uma fragmentação do próprio direito do mar, embasada na diversidade de regimes ainda menores e sem âmbito de proteção.

O terceiro caso, *Swordfish Stocks*, foi trazido por ser reflexo do choque entre dois regimes ditos autocontidos, o de direito do mar e o do comércio internacional. Reforça a percepção de que existe uma latente interação entre esses sistemas, de modo a reforçar a unidade do direito internacional.

O quarto problema elencado justifica-se por demonstrar situação de sobreposição da atuação de organizações internacionais, a OMI e a OIT. Como será visto, uma organização que se volta para um determinado tema pode tratar de outros indiretamente, por sua vez já abarcados pela atuação de outras instituições. Nessas situações, surge o problema de como proceder para que a prática de ambas seja exercida de modo adequado.

2.2.1 O Mox Plant Case e o problema dos conflitos entre diferentes ramos do direito internacional

O *Mox Plant Case* é exemplo mais emblemático das dificuldades que o processo de fragmentação traz ao direito internacional. Essa contenda foi iniciada em 2001 e ocorreu entre o Reino Unido e a República da Irlanda, tendo sido motivado pelo interesse do primeiro país em iniciar a produção de um combustível nuclear denominado *Mox* na usina Sellafield,

localizada em Seascale, na Cúmbria, região situada na costa do Mar da Irlanda. Essa iniciativa incomodou o governo irlandês pelos riscos inerentes à sua operação, como vazamento radioativo e a produção de lixo nuclear, problemas que, se ocorressem, causariam danos ao meio ambiente do país. Assim, buscaram maiores informações sobre o projeto, se fundamentando inicialmente na Convenção para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste de 1992 (Convenção OSPAR)¹⁰⁰ para ser constituído um tribunal arbitral que resolvesse a questão, conforme previsão do artigo 32 do tratado.¹⁰¹ Nesse órgão, constituído a partir do quadros do Tribunal Permanente de Arbitragem da Haia, fundamentou seu pedido no artigo 9º do tratado, que garantia esse acesso à informação.

Como a demora no procedimento poderia implicar em um avanço da produção britânica na região, a Irlanda iniciou novo procedimento cautelar, agora no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, no que foi estabelecido outro tribunal arbitral, agora com base no anexo VII do documento. Essa medida foi acompanhada de um terceiro requerimento, agora ao Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, com base no parágrafo 5º do artigo 290 da CNUDM.¹⁰²

Nesse sentido, pugnou a Irlanda pela concessão de uma medida cautelar que suspendesse o andamento da obra, asseverando a urgência em impedir o funcionamento da produção face ao risco de dano ambiental.¹⁰³ O TIDM, contudo, rejeitou essa solicitação

¹⁰⁰ A sigla “OSPAR” remete à Oslo e Paris, sedes das conferências sobre o problema da imersão de resíduos no mar em 72 e das fontes de poluição de origem terrestre e *offshore* em 74, cujas convenções foram unificadas em 92 para gerar esse novo texto. Para consultar o conteúdo do tratado, acessar: OSPAR Commission. **Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic**, 1992. Disponível em: <https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar_convention_e_updated_text_in_2007_no_revs.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

¹⁰¹ VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da Unidade à Fragmentação do Direito Internacional: o Caso *Mox Plant*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 54, p. 119-140, 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>>. Acesso em 20 dez. 2018. p. 122.

¹⁰² “Enquanto não estiver constituído o tribunal arbitral ao qual uma controvérsia esteja a ser submetida nos termos da presente seção, (...), o Tribunal Internacional do Direito do Mar (...) pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias nos termos do presente artigo, se considerar, prima facie, que o tribunal a ser constituído teria jurisdição e que a urgência da situação assim o requer.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Montego Bay, 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 dez. 2018.

¹⁰³ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request of provisional measures and statement of case submitted on behalf of Ireland**, case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_e.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019.

principal, assegurando tão somente que fosse realizada uma maior troca de informações acerca dos aspectos da construção, um pedido secundário.¹⁰⁴

Coube aos britânicos enfatizar que o caso já estava em análise por tribunal arbitral no âmbito da Convenção OSPAR, de modo que dos procedimentos em duplicidade poderiam decorrer regras inconsistentes entre si. Apontou ainda que os Tratados Euratom e da Comunidade Europeia (os Tratados de Roma de 1957), dos quais ambos os países fazem parte, proibem expressamente que seus membros se utilizem de mecanismos de solução de conflitos fora dessas convenções ao se tratar de matéria a elas concernente.¹⁰⁵¹⁰⁶ Ou seja, para o Reino Unido, a matéria seria de direito comunitário, cabível ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE).¹⁰⁷ Assim, conforme o artigo 282 da própria CNUDM¹⁰⁸, na interpretação dessa parte, o TIDM não estaria mais apto a julgar o tema.

O argumento foi rejeitado pela Corte. Apontou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, cautelarmente, o dever de troca de informações e monitoramento de riscos acerca da produção da substância *Mox* na região. Não houve, nesse momento, análise do mérito. Foi entendido, ademais, que, ainda que as prescrições de outras convenções sejam semelhantes às da CNUDM, esses direitos e obrigações teriam uma existência separada em relação à Convenção de Montego Bay, ou seja, a sua similaridade não eliminaria a competência do TIDM, já que seriam normas autônomas entre si.¹⁰⁹ Dessa forma, afirmou então a sua

¹⁰⁴ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Order of 3 December 2001**, provisional measures, case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/published/C10-O-3_dec_01.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019. p. 20.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Written response of the United Kingdom**, case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/response_uk_e.pdf>. Acesso em 21 dez. 2018.

¹⁰⁶ Enquanto no Tratado Euratom a disposição consta no artigo 193, no Tratado que institui a Comunidade Europeia, a norma está contida no artigo 292. Em ambos, o texto é idêntico: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação do presente Tratado a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos.”

¹⁰⁷ Cumpre ressaltar que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias só alterou seu nome para Tribunal de Justiça da União Europeia com a vigência do Tratado de Lisboa, em vigor desde o final de 2009. Como os casos em que a atuação do órgão jurisdicional da União Europeia é analisada são anteriores ao Tratado de Lisboa, optou-se por usar a nomenclatura antiga.

¹⁰⁸ “Se os Estados Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na presente Parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsia.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Montego Bay, 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 dez. 2018.

¹⁰⁹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Order of 3 December 2001**, provisional measures, case no. 10. Disponível em:

competência exclusiva sobre o caso (por se tratar de matéria de direito do mar), mas admitindo a possibilidade de o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) declarar-se igualmente competente.¹¹⁰

Saiu, em seguida, posicionamento da corte arbitral constituída a partir do anexo VII da CNUDM. Tendo se fundamentado as partes nos mesmos argumentos que frente ao TIDM, as reflexões desse outro órgão foram, contudo, diferentes. Para esse tribunal, restaram dúvidas acerca de sua competência para analisar o caso tendo em vista a primazia do TJCE. Por essa razão, o órgão basicamente reforçou as cautelares previstas pelo TIDM, rejeitando apontar novas medidas nesse sentido. Em seguida, decidiu suspender novos procedimentos acerca de análise da jurisdição e do mérito até ter um posicionamento mais claro acerca da atuação da Comunidade Europeia, que já demonstrava interesse em atuar na contenda em posição contrária à Irlanda.¹¹¹

Em 2003, o tribunal arbitral constituído a partir da Convenção OSPAR também reconheceu a sua competência exclusiva sobre o caso. Entendeu esse colegiado que a demanda irlandesa não procedia, já que os britânicos não teriam violado as obrigações de troca de informações previstas no tratado.¹¹²

Conforme aventado pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar, a Comissão Europeia acionou a Irlanda em seu TJCE, alegando que esse país havia ferido o princípio da cooperação internacional ao adjudicar a contenda com o Reino Unido, bem como por não ter se valido desse tribunal como órgão privilegiado para solucionar o conflito, o que se justificaria na participação de ambos os países como membros da comunidade. Conforme solicitado, o TJCE decidiu, em 2006, que sua competência era, de fato, exclusiva, condenando a Irlanda com base nas alegações da Comissão.¹¹³

<https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/published/C10-O-3_dec_01.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019. p. 15.

¹¹⁰ VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da Unidade à Fragmentação do Direito Internacional: o Caso *Mox Plant*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 54, p. 119-140, 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>>. Acesso em 20 dez. 2018. p. 123.

¹¹¹ THRASTARSON, Klemens Ólafur. The Mox Plant Case and why it went for various International Courts. **Academia.edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/5836944/The_Mox_Plant_Case_and_Why_it_Went_for_Various_International_Courts>. Acesso em 21 dez. 2018. p. 5.

¹¹² PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention**, Final Award, 2003. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/121>>. Acesso em 01 fev. 2019.

¹¹³ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Case 459/03: Commission of the European Communities vs. Ireland**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaa1cba3765644ba0bc278e17008b71df.e34Ka>>

Para esse tribunal, existiriam vários pontos de regulação comum entre as normas das Comunidades Europeias e as da Convenção sobre o Direito do Mar, inclusive relacionadas à prevenção da poluição marinha. Não obstante, essa similaridade não atribuiria uma prerrogativa à CNUDM em relação ao direito comunitário. Vejamos o posicionamento da corte:

An international agreement, such as the United Nations Convention on the Law of the Sea, cannot affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and, consequently, the autonomy of the Community legal system, compliance with which the Court ensures under Article 220 EC. That exclusive jurisdiction of the Court is confirmed by Article 292 EC, by which Member States under take not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the EC.¹¹⁴

A complexidade da fragmentação é visível nesse caso por demonstrar a existência de diversas jurisdições competentes sobre o mesmo problema. Como enfatizam Varella e Oliveira, três fóruns de solução de conflitos se apresentaram como aptos a resolver o problema, agindo sem coordenação ou hierarquia entre si.¹¹⁵ Esse choque seria uma consequência dos vários temas abrangidos pelo caso, não apenas o direito do mar, mas também os direitos do meio ambiente, energético e comunitário, no que é percebido ainda um conflito entre as esferas de atuação regional e mundial.

Percebe-se claramente o problema do choque entre sistemas de proteção universal e regional, bem como dos assuntos relacionados à proteção do meio ambiente e da consolidação do Direito Comunitário. De forma ainda mais curiosa, três das cortes reconheceram a sua competência exclusiva para o deslinde do caso, ignorando os demais. Não houve cooperação nem prevenção entre elas, tampouco existiram respostas claras sobre o procedimento a ser adotado em virtude dessa situação. Mesmo no relatório da Comissão de Direito Internacional, argumentou-se pelo seu afastamento desse tipo de conflito, por entender que seria melhor tratado entre as instituições.¹¹⁶

xiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3mOe0?docid=57057&pageIndex=0&doclang=EN&mode=&dir=&occ=first&part=1 &cid=322435>. Acesso em 24 dez. 2018. p. 4637.

¹¹⁴ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Case 459/03**: Commission of the European Communities vs. Ireland. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaa1cba3765644ba0bc278e17008b71df.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3mOe0?docid=57057&pageIndex=0&doclang=EN&mode=&dir=&occ=first&part=1 &cid=322435>>. Acesso em 24 dez. 2018. p. 4637.

¹¹⁵ VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da Unidade à Fragmentação do Direito Internacional: o Caso *Mox Plant*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 54, p. 119-140, 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>>. Acesso em 20 dez. 2018. p. 125.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. 2006. p. 14. Disponível em:

2.2.2 *Os Southern Bluefin Tuna Cases: um problema de conflito entre tratados de direito do mar*¹¹⁷

Assim como o *Mox Plant Case*, esse caso também foi mencionado por Hafner como um dos exemplos em que se percebe problemática a aplicação de mais de uma regulação a um caso.¹¹⁸ Nesses contenciosos envolvendo Austrália e Nova Zelândia contra o Japão, coube ao Tribunal Internacional do Direito do Mar resolver controvérsia acerca de pesca excessiva da espécie atum de nadadeira azul pelo país nipônico. A regulação da pesca desse peixe entre os três países era objeto da Convenção para Conservação do Atum de Nadadeira Azul de 1994. No entendimento dos dois países da Oceania, a pesca experimental japonesa dessa espécie de atum, bem como a ausência de cooperação na conservação e gestão de seus estoques teriam o potencial de causar sérios prejuízos aos seus direitos de pesqueiros.¹¹⁹

Os impactos causados pelos nipônicos justificariam a concessão de medidas cautelares concernentes a cinco pontos: o Japão deveria cessar imediatamente a pesca experimental do atum de nadadeira azul; deveriam ainda restringir as capturas ao total já alocado; a ação das partes em conformidade com o princípio da precaução; a garantia de que nenhuma ação passível de dificultar a solução da disputa a partir do tribunal arbitral constituído a partir do anexo VII da Convenção sobre o Direito do Mar seria realizada; a garantia de que nenhuma ação passível de prejudicar a observância da decisão de mérito do mencionado tribunal arbitral seria realizada.¹²⁰ Importante enfatizar que é novamente a um tribunal arbitral fundamentado no Anexo VII que caberia a análise da questão, ficando responsável o Tribunal do Direito do Mar somente pela análise cautelar.

Contestou o Japão com uma série de alegações. De início, foi apontado que não caberia ao Tribunal do Mar a apreciação do problema, pois este não diria respeito, *prima facie*, à aplicação da Convenção de Montego Bay, mas à Convenção para a Conservação do Atum

<http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/676/Inf_KoskenniemiM_FragmentationInternationalLaw_2006.pdf?sequence=1>. Acesso em 27 jan. 2018.

¹¹⁷ A menção é feita no plural pois foram dois os casos no Tribunal Internacional do Direito do Mar.

¹¹⁸ HAFNER, Gerhard. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 849-863, 2004. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=mjil>>. Acesso em 24 dez. 2018. p. 853.

¹¹⁹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request for Provisional Measures: New Zealand**. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/request_new_zealand_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

¹²⁰ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request for Provisional Measures: Australia**. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/request_australia_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

de Nadadeira Azul (Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, CCSBT, na sigla inglesa), de 1993.¹²¹ Esse documento aduz, por sua vez, no seu artigo 16, que disputas acerca da interpretação ou implementação de seus dispositivos devem ser resolvidas por meio da Corte Internacional de Justiça ou de tribunal arbitral constituído nos termos de seu anexo.¹²² Assim, dever-se-ia afastar, nesse caso, concreto, a aplicação da Convenção sobre o Direito do Mar de 82.

Em seguida, argumentou a defesa japonesa que, ainda que se mantivesse a jurisdição pela CNUDM, não houve demonstração de iminência de dano irreparável capaz de justificar a medida cautelar que antecederesse o estabelecimento do tribunal arbitral do anexo VII. A pesca experimental não causaria dano irreparável. Foi enfatizado ainda que a própria atuação de Nova Zelândia e Austrália, ao recorrerem a um regramento à parte da CCSBT, que estaria violando esse tratado.¹²³ Houve ainda da parte japonesa um pedido contraposto, pautado no preceito da boa-fé, buscando que as negociações entre as partes recomeçassem com duração de um período de seis meses em busca de acordo. Caso este não fosse possível, o caso seria submetido a uma comissão de cientistas que o analisaria.¹²⁴¹²⁵

A despeito das alegações japonesas, o TIDM concedeu cautelas favoráveis a Austrália e Nova Zelândia, inclusive com a suspensão da pesca experimental envolvendo o atum de nadadeira azul.¹²⁶ Foi entendido que a Convenção para a Conservação do Atum de Nadadeira Azul de 93 não impedia a atuação da Convenção sobre o Direito do Mar na proteção da

¹²¹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Response and Counter-request for Provisional Measures Submitted by Japan.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/statement_response_japan_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018. p. 167.

¹²² COMMISSION FOR THE CONSERVATION OF SOUTHERN BLUEFIN TUNA. **Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna.** Canberra, 1993. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convention-for-the-Conservation-of-Southern-Bluefin-Tuna.pdf>>. Acesso em 24 dez. 2018.

¹²³ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Response and Counter-request for Provisional Measures Submitted by Japan.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/statement_response_japan_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018. p. 169-171.

¹²⁴ BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. (Orgs.). **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar.** Brasília: FUNAG, 2014. p. 522.

¹²⁵ A postura japonesa nesse caso é similar a adotada em outro notório caso envolvendo o direito do mar, o *Whaling in Antarctic*, na Corte Internacional de Justiça, envolvendo as mesmas partes: Austrália vs. Japão, com a Nova Zelândia como interveniente. Foi entendido por esses países que o Japão camuflaria a pesca comercial da baleia sobre o argumento de realizar pesquisas científicas. Para estudo desse caso, acessar: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Whaling in the Antarctic: overview of the case.** Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/148>>. Acesso em 24 dez. 2018.

¹²⁶ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Southern Bluefin Tuna Cases.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/published/C34-O-27_aug_99.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

espécie. Ao mesmo tempo, a corte foi convencida da necessidade de agir para evitar danos que poderiam ser irreparáveis caso se aguardasse a constituição do tribunal arbitral.

É perceptível que a Convenção das Nações Unidas se aplica a questões envolvendo a proteção dos recursos vivos marinhos, regulando, inclusive, a liberdade de pesca em alto-mar. Assim, a existência de outro documento com esse escopo, por si, não excluiria a sua aplicação. Esse é o entendimento de Kenneth Keith, para quem ambas as obrigações existiriam distinta e simultaneamente, contidas em dois regimes de tratados distintos.¹²⁷

Esse caso, da mesma forma que o anterior, representa um exemplo amplamente caracterizado pela doutrina como um conflito entre normas de direito internacional. Se no primeiro, a ótica do direito do mar balizava apenas uma das interpretações das partes, no segundo era a percepção de ambas. Se particulariza assim por demonstrar a existência de choques dentro do próprio direito do mar. Em seguida, passemos a um novo exemplo, de conflito contra um outro regime tido como autocontido, o do comércio internacional.

2.2.3 *O caso Swordfish Stocks: o problema do conflito entre regimes autocontidos*

A questão se inicia em 1990, com o interesse chileno em promover decreto capaz de contribuir com a conservação dos estoques de peixe-espada. Essa lei implementou, entre outros pontos, a necessidade de registro das bandeiras de navios que descarregassem essa espécie nos portos chilenos, uma zona de pesca de 120 milhas náuticas e quais equipamentos poderiam ser utilizados para praticar essa atividade.¹²⁸ Embarcações que não cumprissem essas normas não poderiam atracar em portos chilenos, o que ocorreu com navios espanhóis.

Em 1998, uma associação espanhola promoveu reclamação junto à Comissão Europeia em razão desse impedimento promovido pelo Chile. Concluiu a Comissão que o Chile estava violando a liberdade de trânsito desses barcos, bem como disposições dos artigos V e XI do GATT 1994¹²⁹:

Art. V, 1: Goods (including baggage), and also vessels and other means of transport, shall be deemed to be in transit across the territory of a contracting party when the

¹²⁷ BIALEK, Dean. Australia and New Zealand v. Japan: Southern Bluefin Tuna Case. **Melbourne Journal of International Law**, v. 1, n. 8, p. 1-9, 2000. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0010/1679410/Bialek.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

¹²⁸ SALAMA, Randa. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes. **Maritime Law Association of Australia and New Zealand**. Sydney, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.492.9218&rep=rep1&type=pd>>. Acesso em 28 dez. 2018. p. 28.

¹²⁹ SALAMA, Randa. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes. **Maritime Law Association of Australia and New Zealand**. Sydney, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.492.9218&rep=rep1&type=pd>>. Acesso em 28 dez. 2018. p. 29.

passage across such territory, with or without transshipment, warehousing, breaking bulk, or change in the mode of transport, is only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the contracting party across whose territory the traffic passes. Traffic of this nature is termed in this article “traffic in transit”.¹³⁰

Art. XI, 1: 1. No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licenses or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.¹³¹

Enquanto a Comissão Europeia levou o caso ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, o Chile “maritimizou” o caso, pugnando a formação de tribunal arbitral nos termos do anexo VII da CNUDM¹³². Como fundamento, apontaram os chilenos, entre outras questões, os deveres que mantinham os europeus, enquanto partes da Convenção sobre o Direito do Mar, em observar os conteúdos dos artigos 116 à 119, que apontam a cooperação entre os Estados para a conservação dos recursos vivos.¹³³

As partes alcançaram um acordo, finalizando ambos os procedimentos em janeiro de 2001, antes que o OSC da OMC e o Tribunal Internacional do Direito do Mar analisassem a relação entre as ambas as cortes e como resolveriam o problema da jurisdição múltipla¹³⁴. Não obstante, ficou clara a jurisdição compulsória de ambas as instituições, tornando esse caso um dos exemplos ilustrativos do problema de conflito de jurisdições envolvendo o direito do mar.

2.2.4 O problema da sobreposição de competências entre organizações internacionais: o caso da Organização Marítima Internacional e da Organização Internacional do Trabalho

Para analisar esse caso de sobreposição de competências, cumpre fazer breve exposição sobre as duas organizações. A criação da Organização Marítima Internacional remonta à 1948, com a instituição da Organização Intergovernamental Marítima Consultiva,

¹³⁰ ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO. **Article V:** freedom of transit. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art5_gatt47.pdf>. Acesso em 28 dez. 2018.

¹³¹ ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO. **Article XI:** general elimination of quantitative restrictions. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art11_gatt47.pdf>. Acesso em 28 dez. 2018.

¹³² Posteriormente, o Chile alterou seu requerimento em prol da análise do caso por uma câmara especial do Tribunal Internacional do Direito do Mar. Para uma leitura das questões iniciais do caso, acessar: TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. **Case concerning the conservation and sustainable exploitation of swordfish stocks in the South-eastern Pacific Ocean:** order 2000/3 of 20 December 2000. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_7/published/C7-O-20_dec_00.pdf>. Acesso em 28 dez. 2018.

¹³³ SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. **Principles of International Environmental Law**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 422.

¹³⁴ SALAMA, Randa. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes. **Maritime Law Association of Australia and New Zealand**. Sydney, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.492.9218&rep=rep1&type=pd>>. Acesso em 28 dez. 2018. p. 32.

que começou a funcionar em 1959. Em 1982, após alterações em sua convenção, passou a ter o nome atual.¹³⁵

Enquanto agência especializada da ONU, liga-se a ela apenas em razão de acordo específico nesse sentido. Não é, portanto, um órgão das Nações Unidas, possuindo personalidade jurídica própria.¹³⁶ Tem como objetivo regular a prática da navegação nos oceanos, visando torná-la cada vez mais segura e ambientalmente sustentável, como é possível deprender de seu artigo 1º, a):

Instituir mecanismos de cooperação entre os governos no domínio da regulamentação e das práticas governamentais relacionados com assuntos técnicos de todos os tipos que interessem à atividade marítima relacionada ao comércio internacional; para incentivar e facilitar a adoção geral dos mais altos padrões possíveis em matéria de segurança marítima, eficiência da navegação e prevenção e controle da poluição marinha causada por navios; tratar de assuntos administrativos e jurídicos relacionados com os propósitos previstos neste Artigo.¹³⁷

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, tem uma finalidade totalmente diversa. Criada em 1919, sua fundação decorreu das pressões sociais. Com a consolidação da revolução industrial, ascendiam os movimentos operários, fruto da insatisfação com as condições de trabalho. Nesse sentido, a organização buscou estabelecer uma frente capaz de centralizar a regulação das legislações trabalhistas dos seus Estados membros, buscando fornecer uma resposta conjunta dos países a essas tensões. Seu nível mais elevado é Conferência Geral, cujos trabalhos são essencialmente normativos e de controle.¹³⁸ As normas que emite são convenções, seus instrumentos jurídicos por excelência, e recomendações, meramente sugestões aos membros.

Apesar de se direcionarem para atividades distintas, é possível verificar um espaço de sobreposição em suas competências. É a regulação de padrões de trabalho no mar e o tratamento dos marinheiros.¹³⁹ Existem várias convenções da OIT concernentes às atividades dos profissionais marítimos: Convenção 178 relativa à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos; Convenção 147 sobre as normas mínimas da Marinha Mercante; Convenção 134 sobre a prevenção de acidentes de trabalho dos marítimos, entre

¹³⁵ ZANELLA, Tiago V. **Manual de Direito do Mar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 630.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 630.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. **Convenção sobre a Organização Marítima Internacional**. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/convencao_imo_pub_imo_jb001e.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

¹³⁸ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 243.

¹³⁹ HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 258.

diversas outras.¹⁴⁰ Nesse sentido, adentra claramente o espaço de atuação da Organização Marítima Internacional, demandando um diálogo entre ambas as agências que seja capaz de impedir conflitos de competência.

É importante perceber que existem diferenças no seus modos de operação capazes de ensejar interpretações diversas sobre uma mesma questão. Não há, *a priori*, na OIT, a preocupação ambiental existente na OMI. Assim, se certo dano ambiental for necessário para preservar as condições de trabalho do profissional marítimo, como um descarte de resíduos, por exemplo, parece certo que esse seria o caminho adotado pela OIT. Para um regulamento da OMI, contudo, essa seria uma opção mais problemática. É necessário lembrar ainda que a OIT tem a participação de vários atores não-estatais, como representantes de trabalhadores e de empregados. Há, assim, uma variedade de perspectivas mais pronunciada que na OMI, onde o posicionamento derradeiro é o do Estado.

2.3 Conclusões sobre os conflitos de normas envolvendo o direito do mar

Entende-se que é problemático chamar o direito do mar de regime autocontido. Não existe porção do direito internacional autorreferente, hermética. Tampouco a existência de mecanismos próprios de responsabilização parece justificar tal classificação. Há uma clara interação entre os ramos do direito das gentes, conforme trazido a partir dos exemplos tratados nesse capítulo. São poucos os casos que, apontados como sendo de direito do mar, apenas versam sobre ele. São questões que envolvem diversos outros assuntos, sobretudo de meio ambiente, mas mesmo regulação trabalhista, como na interação com a Organização Internacional do Trabalho.

Deve-se frisar ainda que os temas de direito do mar possui diversos níveis de ocorrência. Podem existir choques de interesses entre os âmbitos mundial e regional. Como um exemplo, a tentativa de estabelecer o Santuário de Baleias do Atlântico Sul, iniciativa dos países da região proposta desde 1998, mas que segue sendo rejeitada pela Comissão Internacional da Baleia, em razão da atuação nesse sentido de países historicamente ligados à caça da baleia, ainda que não tenham seu litoral banhado por essa porção oceânica.¹⁴¹

Há ainda outro ponto que torna problemática a qualificação de um “regime autocontido”: são muitas e não tão coordenados os tratados e as organizações que se voltam

¹⁴⁰ Para consultar as convenções relacionadas à navegação concluídas pela OIT, bem como todas as demais finalizadas por essa organização, inclusive com o *status* de ratificação pelo Brasil, acessar: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 26 dez. 2018.

¹⁴¹ INTERNATIONAL WHALING COMMISSION. **The South Atlantic:** a sanctuary for whales. Disponível em: https://iwc.int/private/downloads/zK7jSUavr8sokphVE4Qsug/IWC_66_08.pdf>. Acesso em 27 dez. 2018.

para o assunto. José Augusto Fontoura Costa traz, nesse sentido, estudo acerca da relação entre a Organização Marítima Internacional e o arcabouço jurídico constituído a partir da Convenção sobre o Direito do Mar. Sendo a OMI décadas mais antiga, desenvolveu-se de forma à parte da CNUDM, contando inclusive com membros distintos. Estados Unidos e Libéria (bandeira cujas embarcações comportam a segunda maior tonelagem mercante do mundo), por exemplo, são membros da OMI mas não da CNUDM.¹⁴² Não obstante, conclui que tem existido uma coordenação satisfatória entre os responsáveis por suas execuções. De toda forma, é situação que ilustra a multiplicidade de polos de atuação dentro do direito do mar.

É aceitável, todavia, adotar a nomenclatura “regimes especiais”, utilizada preferencialmente pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Essa expressão parece melhor porque enfatiza sua particularidade, qual seja, o tratamento à priori de um ramo específico do direito internacional, de forma neutra, sem lhe acrescentar uma faceta autopoietica.

Restaram configurados, nos casos expostos, conflito entre tratados de direito do mar, pautados na existência de normas nos documentos que atribuíam a competência para julgamento do caso a órgãos diferentes. Se mostra interessante, da mesma forma como feito ao final do capítulo 1, refletir sobre esses casos.

É perceptível uma similaridade de atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar nos casos *Mox Plant* e *Southern Bluefin Tuna*: sua atuação cautelar. O tribunal pode ordenar medidas provisórias quando uma disputa é submetida à arbitragem fundamentada em seu anexo VII.¹⁴³ Essa capacidade foi disposta na parte XV da Convenção, mais precisamente no artigo 290. Para os casos trabalhados, essencial foi o conteúdo de seu artigo 5º. Por ter atuado nesses casos apenas de forma provisória, tendo sido preferencial a realização de um tribunal arbitral, surge questionamento acerca de qual tem sido a preferência de jurisdição dos Estados-membros da CNUDM.

São muitos os casos de direito do mar levados por suas partes à Corte Internacional de Justiça. Esse número, contudo, caiu bastante após a entrada em vigor da Convenção de Montego Bay, em 1994. Poucos casos continuaram a ser levados a esse outro tribunal, como o

¹⁴² COSTA, J. A. F.; SOLA, F. Fragmentação do Direito Internacional e o caso da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e Organização Marítima Internacional. **Revista Nomos** (UFC). v. 30, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1202/1167>>. Acesso em 17 set. 2017.

¹⁴³ AUST, Anthony. **Handbook of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 301-302.

já mencionado contencioso entre Espanha e Canadá, já que os canadenses não eram parte da Convenção.

De todos os países-membros da CNUDM, 62 já formalizaram a sua preferência de órgão de solução de controvérsias para analisar os conflitos envolvendo a aplicação do tratado.¹⁴⁴ Desses, 37 assinalaram o Tribunal Internacional do Direito do Mar como corte preferencial. Há um claro desenvolvimento do regime especial em torno da responsabilização pelo TIDM. Conforme frisa Casella, a atuação do tribunal em sede cautelar decorre não apenas da agilidade com que pode conceder essas medidas, mas também por ter a concorrência da Corte Internacional de Justiça e de tribunais arbitrais.¹⁴⁵ Com base nos dados trazidos, conclui-se que o tribunal tem sido bem sucedido nessa “competição”.

Não foi a atuação do TIDM nos casos trazidos, contudo, que evidenciou o conflito. Enquanto no primeiro caso este estaria representado pelos tribunais arbitrais da Convenção OSPAR, da CNUDM e o TJCE, no segundo, o que se busca enfatizar é a superposição das jurisdições da CNUDM e da Convenção para a Conservação do Atum de Nadadeira Azul (cujo tribunal arbitral não chegou a ser constituído, pois não era de interesse do Japão, mas que teve a sua prerrogativa levantada por esse país).

Se assemelha a esses casos, a despeito de não ter sido pugnada a adoção de medidas provisórias, o caso envolvendo Chile e Comissão Europeia acerca dos estoques de peixe-espada e possíveis empecilhos comerciais. Demonstra mais uma vez as complicações que a proliferação de meios de resolução de conflitos podem acarretar em um ambiente de “regimes não tão autocontidos”. Da mesma forma que os demais, acabou por ser encerrado por uma resolução amigável entre as partes, não sendo proferido nenhum entendimento acerca do conflito de jurisdição.

Parece crucial para esse tipo de situação que haja cooperação entre as cortes. Contudo, isso dificilmente ocorre. No caso *Mox Plant*, por exemplo, o que vimos foi a sucessiva declaração de competência exclusiva dos órgãos acionados, pautado no preceito do *kompetenz-kompetenz*. Na medida em que não parece cabível estabelecer uma hierarquia entre tribunais internacionais, faz-se necessário entabular mecanismos de diálogo cooperativo entre

¹⁴⁴ Cumpre ressaltar que, não havendo acordo em relação ao foro de julgamento, ou caso nenhum tenha sido escolhido, a arbitragem será utilizada como mecanismo compulsório. In: CHEN, Lung-Chu. **An Introduction to Contemporary International Law: a Policy-Oriented Perspective**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press: 2015. p. 181.

¹⁴⁵ CASELLA, P. B. **Direito Internacional dos Espaços**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 415.

as cortes, fortalecendo os requisitos para declaração de prevenção em casos já analisados por outra instituição.

No capítulo seguinte, será enfatizado o importante diálogo estabelecido entre a Organização Marítima Internacional e a Organização Internacional do Trabalho. Reconhecida a ampla conexão entre os ramos do direito, o estabelecimento de grupos de trabalho conjuntos desponta como método de equalizar divergências em prol do deslinde de um problema comum. É medida que merece ser replicada em diversos organismos especializados que atuam na órbita do direito internacional.

3 COMO SOLUCIONAR CONFLITOS ENVOLVENDO NORMAS DE DIREITO DO MAR?

Tendo em vista a existência de conflitos envolvendo normas de direito do mar, surge a necessidade de reforçar os mecanismos já existentes. Ao mesmo tempo, a reflexão sobre novas técnicas pode aperfeiçoar esses métodos, de modo que também se faz extremamente relevante. Busca-se, assim, garantir certa coerência às normas responsáveis por regular esse tema.

Guardar coerência em um sistema é dever de cumprimento essencial para a boa realização da justiça. Ao admitir a incoerência como uma realidade insuperável, a insegurança jurídica é também aceita, ferindo ainda mais a credibilidade constantemente questionada do direito internacional enquanto meio capaz de solucionar conflitos pacificamente. Não se defende a coesão entre as normas por preciosismo, mas por sua importância para o funcionamento do direito.

Coerência aqui não significa a perfeita sintonia entre regras e princípios. Por se originarem a partir de diferentes lógicas, parece impossível garantir a qualquer ordenamento a perfeita compatibilidade. O que deve existir não é um direito impecavelmente coordenado, mas mecanismos capazes de, em casos práticos, fornecerem respostas adequadas à particularidade que é a existência de diferentes *ethos* a moldarem o ordenamento

A resolução de antinomias no direito internacional não deve, em virtude dessas diferentes racionalidades, ser pautada na simples exclusão daquela que não prevaleceu. Não faz sentido que tratados no quadro de uma conferência revoguem o de outra senão por menção expressa das partes. Não há hierarquia entre os regimes especiais, de modo que surge a necessidade de refletir sobre formas de harmonização que não impliquem na prevalência de uma norma sobre outra, mas na forma que melhor represente ambas.

O capítulo final dessa dissertação busca trabalhar as formas de resolução de antinomias a partir da seguinte pergunta: como solucionar esses conflitos envolvendo normas de Direito do Mar? Para tanto, será trabalhada a perspectiva que melhor atinge a esses fins, a harmonização das normas de direito internacional. Em seguida, serão estudados alguns dos mecanismos usualmente levantados na busca por essa harmonização. Essas escolhas não ocorreram aleatoriamente: foram trazidas propostas já levantadas pela doutrina para fazer frente especificamente ao problema da fragmentação do direito internacional. Assim, haverá discussão acerca dos denominados ao longo desse trabalho como métodos tradicionais de resolução de conflitos, que analisam a relação entre as normas em função de sua

especialidade, anterioridade e hierarquia. Após, trabalhar-se-á duas técnicas inovadoras, a do Diálogo das Fontes e o *So Lange*, cujas contribuições teóricas podem auxiliar na mitigação do problema em estudo. Ao fim, é realizada uma reflexão sobre os benefícios do estabelecimento de grupos conjuntos entre organizações internacionais como forma de fazerem frente aos seus desafios comuns.

3.1 Por que deve prevalecer a coerência entre as normas de direito internacional?

Para uma exposição adequada acerca de mecanismos de coesão para o direito do mar, faz-se necessário discorrer, primeiramente, sobre a unidade do ordenamento jurídico. O direito internacional é um ordenamento complexo, já que suas normas decorrem de várias fontes. Essa complexidade, como enfatiza Bobbio, não impede a sua unidade. O que justifica essa qualidade é a disposição de suas normas em uma construção escalonada, nos moldes da teoria de Kelsen, onde todo ordenamento possui uma norma fundamental.¹⁴⁶

Qual seria a norma fundamental do direito internacional e, por conseguinte, do direito do mar? Para Kelsen, deve ser uma norma que aprove o costume como fato criador de normas, tendo em vista que é do direito consuetudinário que deriva o direito internacional geral. Deve garantir que os Estados devem se conduzir em suas relações como se têm conduzido costumeiramente. Seria um preceito nos moldes do *pacta sunt servanda*.¹⁴⁷¹⁴⁸ Entende-se, portanto, que é possível falar em hierarquia entre normas no direito internacional contemporâneo.

Elemento central para compreender o problema da fragmentação do direito internacional é a dificuldade que impõe à coerência entre suas normas. Esse dever de coerência, por sua vez, decorre da unidade defendida ao direito internacional. Para compreender a necessidade de coerência, faz-se necessário discorrer igualmente sobre o direito internacional enquanto sistema.

Para Bobbio, sistema seria um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem.¹⁴⁹¹⁵⁰ Essa ordem não preconiza uma relação apenas a partir da submissão aos mesmos

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 58.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 525.

¹⁴⁸ Kelsen não diz decisivamente que o *pacta sunt servanda* é a norma fundamental. Essa teoria se trata de um postulado, aposto para evitar a regressão ao infinito. Mais categórico, segundo Lucas Carlos Lima, foi Dionisio Anzilotti, para quem “o direito internacional, ou seja, o ordenamento jurídico da comunidade dos Estados, é composto de normas que encontram no *pacta sunt servanda* o fundamento de sua existência.” In: LIMA, L. C. Dionisio Anzilotti. In: DAL RI, Jr., Arno; VELOSO, P. P. A. LIMA, L. C. (Orgs.) **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014. P. 313-314.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 77.

preceitos básicos que conformam o ordenamento, mas também o dever de coerência das normas entre si. Assim, existindo um conflito dentro do sistema, ele deve ser solucionado.

Seria o direito internacional um sistema? Entende-se que a resposta é afirmativa. Essa é mesmo uma das conclusões do grupo de estudo sobre fragmentação tratado no capítulo 1:

As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.¹⁵¹

São vários os posicionamentos nesse sentido pela doutrina. Sobre o assunto, James Crawford traz o entendimento do Juiz Christopher Greenwood quando membro da Corte Internacional de Justiça, para quem o direito internacional não seria uma série de corpos autocontidos de leis, mas um sistema unificado.¹⁵² Thomas Vesting menciona sistema jurídico como “um conjunto ordenado segundo princípios, a unidade interna de um ordenamento jurídico”.¹⁵³

Ao entender o direito internacional como um sistema que guarda deveres de coerência, se insere o direito do mar na mesma lógica. Entende-se que os casos trazidos foram um reflexo dessa falta de coerência entre as normas de direito internacional, fruto de sua fragmentação. Esses choques decorrem, sobretudo, do conflito de competências. É comum que tratados apontem o foro competente para solução de controvérsias referentes ao seu conteúdo. Na existência de um conflito entre tratados, acaba surgindo também um conflito de jurisdição.

Defende-se o dever de coerência para as normas de direito internacional. Deve existir compatibilidade entre uma norma que aponta a proibição da pesca do peixe-espada e as regras da OMC, como foi questionado no caso *Swordfish Stock*. Da mesma forma, as regras de acordos fechados a poucas partes, como a Convenção para a Conservação do Atum de Nadadeira Azul, devem estar em sintonia com as da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Cumpre, nesse sentido, entender como essa compatibilização pode ser feita.

¹⁵⁰ São muitas as acepções de sistema no direito. Nesse trabalho, utiliza-se a que Bobbio considera mais interessante, associando o ordenamento jurídico a um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis.

¹⁵¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>. Acesso em 04 jan. 2019.

¹⁵² CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change**: The Course of International Law. Haia: Brill, 2014. p. 185.

¹⁵³ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 89.

3.2 O estabelecimento de premissas básicas de vinculação entre as leis de direito do mar: a harmonização possível

Criticar a teoria fragmentária do direito internacional não implica em negar que seu desenvolvimento tem sido *sui generis*. Há um direcionamento muito claro para o tratamento de assuntos temáticos em detrimento de um direito geral. Assim, a melhor forma de tratar os desafios da fragmentação não deve ser em torno de um simples chamamento à unidade, mas à harmonização.

A abordagem fragmentária de Fischer-Lescano e Teubner oferece boas reflexões acerca de uma harmonização entre as normas de direito internacional. Entendem que o processo de fragmentação se insere em um espaço muito mais amplo que o direito, associado às contradições entre distintas racionalidades presentes na sociedade. Assim, o direito precisaria de uma nova abordagem para lidar com as colisões entre normas que surgem nesse processo.¹⁵⁴

Desenvolvem três argumentos para embasar a sua tese. Apontam, de início, a interpretação já assinalada, de que a fragmentação do que chamam “direito global” é radical, mais ampla do que é percebido nos campos jurídico, político, econômico ou cultural. Existiria uma fragmentação ocorrendo na sociedade global como um todo.¹⁵⁵ Essa abordagem, marcadamente influenciada pela sociologia, advoga a relevância da teoria social no plano internacional.

No segundo ponto, defendem que uma unidade normativa desse direito global não teria chances de prosperar. Sendo algo muito mais amplo, um fenômeno fruto das interações sociais, o direito, uma parte dessas formas de relacionamento, não teria como interferir. Seria tão somente um campo onde esse processo é visualizado. Assim, conforme o terceiro argumento, a fragmentação jurídica não poderia ser combatida. Na hipótese mais otimista, seria possível alcançar uma fraca compatibilidade entre as normas contidas nesses “fragmentos”, onde o direito atuaria como um “civilizador dos sistemas sociais.”¹⁵⁶

Com a ressalva de entender problemática a comparação do direito com outras áreas do conhecimento, todas dotadas de objetivos e métodos próprios, concordo com a percepção de

¹⁵⁴ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, p. 999-1046. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908>. Acesso em 02 jan. 2019. p. 1004.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 1004.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 1004.

que não é possível alcançar uma unidade plena. Deve ser buscada uma harmonização que norteie a solução de conflitos entre esses distintos ramos, capaz de responder melhor o problema das antinomias que as técnicas tradicionais de resolução de conflitos por reconhecer as racionalidades distintas que contribuíram para formular esse direito. Buscar uma harmonização significa, por exemplo, não deixar de lado uma perspectiva apenas por ser o seu tratado correspondente mais antigo que aquele cunhado por outra abordagem e concluído posteriormente. É considerar todas as visões que buscam responder a um problema de ordem prática.

Essa harmonização possível deve ser realizada a partir da cooperação institucional. Enquanto sujeitos de direito, possuem as organizações a capacidade de atuar em prol da consecução de seus objetivos. Nesse sentido, devem promover mecanismos capazes de efetivar uma atuação colaborativa nos casos concernentes a mais de uma instituição. Um maior diálogo entre organismos internacionais possibilita a interpretação defendida nesse trabalho de que, em um direito internacional composto por múltiplas racionalidades, é necessário agrega-las, evitando corresponder, por exemplo, aos preceitos do livre-comércio em detrimento da preservação ambiental.

Defende-se uma melhor compatibilização das normas de direito do mar em relação as normas voltadas para outros temas e mesmo entre si. Casos como os apresentados no capítulo 2 reforçam essa necessidade. No contencioso *Mox Plant* ficou claro o choque entre as disposições de direito do mar, representadas na jurisdição do Tribunal Internacional do Direito do Mar e do órgão arbitral constituído nos termos da Convenção de Montego Bay. Já nos casos *Southern Bluefin Tuna*, foi apontado pelo Japão que o julgamento das disputas não caberia ao TIDM, mas aos órgãos indicados pela Convenção para a Conservação do Atum de Nadadeira Azul, também um instrumento de direito do mar.

Não se trata de questionar a existência de um direito do mar. Existe um direito do mar, mas com uma configuração diferente da costumeiramente levantada, que é influenciada pela lógica fragmentária. O direito do mar é o conjunto de todas as normas voltadas para a regulação desse espaço. Assim, é virtualmente impossível capturar a sua abrangência, não apenas por estar em constante crescimento, mas especialmente por situar-se fora das convenções clássicas sobre o assunto. Há direito do mar nas normas de direito comunitário, na atuação da OIT, nos protocolos ambientais, de modo que esse ramo está intrinsecamente ligado à totalidade do direito internacional.

A harmonização possível das normas de direito do mar, portanto, deve seguir a mesma lógica que se propõe ao direito internacional, de cooperação institucional. Cooperação entre a ONU e a OMI, entre a CIJ e o TIDM, entre mecanismos regionais e de âmbito mundial. Cumpre, assim, passar agora ao estudo dessas técnicas de harmonização.

3.3 Técnicas de harmonização do direito internacional

A resolução de eventuais conflitos oriundos do processo de fragmentação do direito internacional, seja no choque entre normas ou entre competências jurisdicionais, pede diálogo. O Direito do Mar também pede detalhada análise de seu arcabouço jurídico, especialmente em relação aos mecanismos extra e intra CNUDM, além da atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar em relação às demais cortes internacionais. Nesse sentido, passa-se à análise dos mecanismos de harmonização já elencados ao início do capítulo.

3.3.1 *É possível utilizar os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade?*

Para estudar essas técnicas de resolução de conflitos, é necessário antes refletir sobre a definição de uma antinomia. Para Bobbio, antinomia é aquela situação onde existem positivadas duas normas, sendo ambas enquadradas nas seguintes situações acerca de um mesmo comportamento: uma obriga e outra proíbe, uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite.¹⁵⁷ Aponta ainda dois pressupostos: as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e ter o mesmo âmbito de validade.¹⁵⁸

É a partir desse entendimento sobre antinomias jurídicas que Bobbio trabalha os critérios de resolução. Após frisar que nem todas as antinomias são passíveis de resolução por essas técnicas (são as antinomias reais), aponta que são três os mecanismos fundamentais: critérios cronológico, hierárquico e de especialidade.

O critério cronológico determina que, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. É comumente expressado na frase em latim *lex posterior derogat priori*. A lógica é simples: tendo sido elaborada uma norma mais recente, esta é reflexo de um direito mais moderno, de uma interpretação mais adequada acerca da questão que ambas envolvem. Nesse sentido, deve prevalecer em relação a mais antiga porque, ao ser fruto do desenvolvimento da matéria, responderia a ela da melhor forma.

O critério hierárquico assevera a circunstância onde deve prevalecer a norma hierarquicamente superior. Foi consagrado pela expressão *lex superior derogat inferior*. É a técnica que relaciona o ordenamento jurídico enquanto sistema escalonado de normas ao

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 89.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 90.

dever de coerência. Existindo uma norma superior da qual a norma inferior retira a sua validade, acaba sendo natural que a regra ou princípio superior prevaleça.

O terceiro critério, por sua vez, determina que deve prevalecer a lei mais específica sobre o assunto: *lex specialis derogat generali*. O raciocínio é novamente bastante simples: a norma mais minuciosa regulamenta melhor uma situação que sua contraparte mais genérica, de modo que deve ser aplicada. Se a norma mais geral se choca com a especial, não é correto que, em sua abstração, seja a que melhor solucione o caso prático.

Entende-se que esses critérios tem aplicação extremamente difícil no direito internacional. Analisemos, de início, a utilização do critério cronológico. É um critério dito fraco, que não prevalece em caso de conflito com as demais técnicas. As circunstâncias onde é mecanismo apto a resolver um conflito são bastante limitadas. Não é razoável que seja aplicada por órgãos legisladores distintos, ainda que inseridos em um mesmo regime especial. Essa inviabilidade decorre de uma particularidade no funcionamento do direito internacional em relação ao direito interno, a diferente noção de soberania.

Se no direito interno toda a legislação é consequência da soberania interna do Estado, essa produção normativa ocorre, no plano internacional, como um reflexo da soberania externa. A soberania interna se materializa na autoridade que o poder público tem na circunscrição de suas fronteiras. Essa qualidade vincula toda a produção normativa de direito interno, ainda que promovida por autoridades diferentes, em momentos diversos e com *status* distintos. É essa vinculação pelo exercício da soberania interna que fundamenta a boa utilização do critério cronológico.

No exercício da soberania externa, representada pela capacidade de entrar em relações com os demais Estados, inexistente uma autoridade central que permita vincular em sem escopo toda a produção normativa internacional. São normas autônomas entre si. Por essa razão que se entende limitado o uso do critério cronológico em comparação com o direito interno. Sua correta aplicação ocorreria em uma situação, por exemplo, onde há conflito normativo entre disposições da mesma agência, como a Organização Marítima Internacional. Contudo, existindo um choque entre o disposto pela OMI e a Organização Internacional do Trabalho, ainda que sobre o mesmo assunto (pois não é o critério da especialidade que se busca agora reforçar), sua utilização me parece incabível.

O critério de especialidade é igualmente de difícil aplicação. Como aferir, nas convenções internacionais, que uma norma é a mais específica sobre o tema? Internamente,

essa técnica prevalece apenas contra a cronologia, não sendo clara a sua prevalência sobre uma norma de maior hierarquia. Se existir uma normal geral e uma especial no seio de um mesmo organismo, me parece igualmente possível a aplicação desse critério. Sendo oriundas de organizações diferentes, contudo, me parece que faltaria legitimidade para ocorrer o mesmo. A produção normativa de uma organização internacional não poderia prevalecer sobre a de outra simplesmente por serem suas disposições mais minuciosas. Se na legislação nacional há uma submissão à soberania interna que, em última instância, não diferencia as instituições produtoras da norma por serem tão somente agentes do poder público, o mesmo não ocorre entre as organizações internacionais autônomas.

O critério hierárquico tem meios de ser aplicado satisfatoriamente no direito internacional, mas também de forma limitada. Entendidas as normas de *jus cogens*¹⁵⁹, as obrigações *erga omnes* e a Carta da ONU como preceitos hierarquicamente superiores em relação aos demais, devem prevalecer independentemente de problemas como o levantado nos parágrafos anteriores, de conflitos entre organizações. A limitação consiste aqui tão somente na pouca quantidade de normas com essas configurações.

Os conflitos no direito internacional são majoritariamente configurados como antinomias reais. Nesses casos, para Bobbio, se não é possível aplicar nenhum dos três critérios, o conflito deve ser solucionado pelo intérprete com certa liberdade. Devem ser utilizadas técnicas hermenêuticas capazes de dar a melhor resposta àquele caso específico, eliminando uma ou ambas as normas, ou mesmo conservando-as.¹⁶⁰

Sendo o direito internacional formado por diferentes entidades autônomas, não submetidas a nenhuma autoridade superior, além de construídas a partir de diferentes racionalidades, não parece razoável que uma norma seja, como regra, revogada por outra. Esse resultado deve ocorrer em situações como a já levantada, onde a instituição em que ocorreu a produção normativa é a mesma. Nas demais hipóteses, ambas as normas devem ser conservadas. Assim, é respeitada a especificidade não apenas das organizações de onde as leis são oriundas, mas também dos regimes especiais, consistindo em método adequado para a resolução de antinomias no sistema de direito internacional fragmentado.

¹⁵⁹ Para um estudo aprofundado das possíveis contribuições do *jus cogens* no enfrentamento dos problemas da fragmentação, acessar: PAULUS, Andreas. *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: an Attempt at a Re-appraisal*. *Nordic Journal of International Law*, v. 74, n. 3, p. 297-334, 2005. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/nord/74/3-4/article-p297_2.xml>. Acesso em 15 jan. 2019.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 100.

Para conservar ambas as normas, Bobbio lembra que deve ser realizada uma interpretação corretiva. Normas incompatíveis não podem existir, de modo que deve ser eliminada somente a interpretação incompatível.¹⁶¹ É essa a base das técnicas de harmonização, de modo que os tópicos a seguir acabam por apresentar meios para o afastamento de interpretações incompatíveis, não apenas no momento da elaboração das normas, mas também posteriormente, quando a inconsistência é verificada pela prática.

3.2.2 O Diálogo das Fontes e sua contribuição para a comunicação entre os ramos de direito internacional

A despeito da diferenciação ocasionada pelos processos fragmentários, é possível verificar propostas capazes de auxiliar na vinculação entre as normas de direito do mar (relacionadas, por sua vez, com todo o direito internacional). Uma delas, fundamentada em uma perspectiva unitária, é a teoria do Diálogo das Fontes. Essa doutrina foi cunhada por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, originalmente com enfoque no Direito Internacional Privado. Para Jayme, a complexidade como se desenvolve o direito torna cada vez mais difíceis soluções únicas para casos concretos. Esse problema seria um reflexo da diversidade de fontes, cujas abordagens distintas para essas situações trariam resoluções igualmente diferentes.

A partir dessa proposta, se pretende analisar as diversas normas sobre variados assuntos a partir de uma perspectiva coordenada, tornando temas relativamente isolados em um grande campo único e com sentido em si. Sua aplicação deve ocorrer entre normas de mesmo nível hierárquico, desconsiderando, portanto, o *jus cogens*, já que essas regras preponderam sobre as de patamar inferior. Nesses casos, existiria um monólogo, e não um diálogo.¹⁶²

A aplicação dessa teoria para o Direito Internacional Público, tornando-a viável de ser estudada nesse trabalho, foi feita por Alberto do Amaral Júnior, que sugere ser técnica útil para fazer frente aos problemas oriundos da fragmentação do direito internacional. Contesta Amaral Júnior, da mesma forma que se entende nessa dissertação, a estrutura do direito internacional em torno de subsistemas dotados de uma lógica própria. Haveria uma interação no sistema de direito internacional, a despeito das suas diferentes formas de manifestação. Não obstante, subsistiriam, igualmente as antinomias próprias do direito, carentes de

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 102.

¹⁶² AMARAL JR., A. O Direito Internacional entre a Ordem e a Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. v. 45, n. 177, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2DJwNGv>>. Acesso em 03 jan. 2018. p. 134-135.

solução.¹⁶³ É para lidar com essas antinomias sem afastar as particularidades dessas formas de manifestação que propõe a aplicação dessa nova forma de interação.

Existiriam três tipos de diálogo das fontes como forma de harmonização das normas de direito internacional: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de coordenação e adaptação e o diálogo de complementaridade.¹⁶⁴ O diálogo sistemático de coerência ocorreria quando um tratado geral complementa, por fornecer conceitos básicos, outros tratados pertencentes a subsistemas.¹⁶⁵ O grande exemplo dessa atuação está na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece diretrizes para a correta aplicação dos demais tratados.

A partir do diálogo sistemático de coordenação e adaptação, se estabelece entre tratados isolados e subsistemas normativos uma relação de complementação, realizada a partir de consultas mútuas de modo a descobrir e corrigir possíveis contradições entre seus instrumentos, diminuindo a incidência de conflitos.¹⁶⁶ Uma forma de efetivar essa prática é a realização de consultas mútuas, de modo que a atuação conjunta entre a Organização Marítima Internacional e a Organização Internacional do Trabalho no tratamento da segurança no trabalho marítimo é um claro exemplo dessa atuação dialógica.

Por fim, o diálogo sistemático de complementaridade ou subsidiariedade corresponderia aos casos onde cabíveis a aplicação complementar de normas e princípios relacionados.¹⁶⁷ Trata-se de identificar valores que estão na fundação do próprio sistema e aplicá-los pelo método interpretativo.¹⁶⁸ É uma contribuição importante para a realização dos tratados de direitos humanos, que costumam reforçar os preceitos da Carta da ONU.

Entende-se que, para o direito do mar, o diálogo de coordenação/adaptação guarda maior relevância. A maior afetação que sofrem essas normas pelo processo de fragmentação do direito internacional não decorre da pouca integração com tratados gerais, como no diálogo de coerência, ou da interação com os preceitos basilares do direito das gentes. A dificuldade está no conflito com normas antagônicas, decorrentes dos diferentes espaços de produção de normas, sem a necessária coordenação.

¹⁶³ AMARAL JR., A. O Direito Internacional entre a Ordem e a Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. v. 45, n. 177, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2DJwNGv>>. Acesso em 03 jan. 2018. p. 130.

¹⁶⁴ MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional Contemporâneo e seu Fundamento**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 35.

¹⁶⁵ AMARAL JR., op. cit., p. 137.

¹⁶⁶ AMARAL JR., op. cit., p. 138.

¹⁶⁷ AMARAL JR., op. cit., p. 141.

¹⁶⁸ MENEZES, op. cit., p. 36.

O conceito é abstrato. Não há uma proposta concreta de como seria promovido esse “diálogo”, mas uma moldura em que mecanismos poderiam se enquadrar. Não parece ter sido o interesse de Jayme agir dessa forma, mas deixar a doutrina desenvolver as possibilidades decorrente dessa corrente. Trata-se basicamente de um meio alternativo de solução de conflitos, que busca caminho diverso à simples revogação, como se infere a partir da reflexão de Cláudia Lima Marques:

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico, à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade "narrada" ou "comunicada" em ambas.¹⁶⁹

O Diálogo das Fontes é medida mais adequada que a simples exclusão de normas pela não satisfação de um critério cronológico ou de especialidade. É medida aplicável diante da incapacidade de os critérios apresentados no tópico anterior solucionarem um conflito, visando não apenas a preservação das normas em colisão mas a sua harmonização.

3.2.3 A harmonização das decisões dos tribunais internacionais a partir do método *So Lange*

É igualmente necessário refletir sobre a atuação das cortes internacionais, especialmente, o Tribunal Internacional do Direito do Mar. A existência de tantos tribunais com membros exclusivos, jurisprudências próprias e finalidades distintas acaba por gerar entendimentos diferentes sobre um mesmo assunto, sem a possibilidade de apontar a primazia no julgamento para uma das cortes. Ao mesmo tempo, não existem regras de direito internacional que apontem a esses órgãos o que fazer quando ocorre um conflito em virtude da interação entre regimes.¹⁷⁰ Parece adequado, assim, refletir sobre mecanismos para solução desses conflitos.

Mecanismo interessante levantado por Wagner Menezes é o método *So lange*. Esse proposta tem a cortesia como base, onde a jurisdição de um tribunal deve respeitar a regra que norteia o funcionamento de outro tribunal, estabelecendo um diálogo¹⁷¹ de entendimento entre ambos em caso de conflito de competências.

¹⁶⁹ MARQUES, C. L. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do Diálogo das Fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, p. 71-99, 2003. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/l5/centro_rec/docs/dialogo_cdc.pdf>. Acesso em 05 jan. 2019. p. 72.

¹⁷⁰ YOUNG, Margareth (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 235.

¹⁷¹ Outros autores fazem a defesa de um diálogo judicial capaz de promover a integração pelo diálogo. Outras formas de efetivar esse objetivo seriam as citações cruzadas. Sobre o assunto, acessar: PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **International**

Essa técnica surgiu no caso *So Lange I*, de 1974, para balizar a relação entre as cortes alemãs e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, assentada no princípio da primazia das decisões comunitárias, conformando uma relação verticalizada.¹⁷² O que deveriam fazer as cortes domésticas em caso de conflito entre as previsões de uma regulação europeia e a Constituição Alemã acerca dos direitos fundamentais do país? Entendendo que o nível de proteção dos direitos fundamentais ao nível comunitário era, à época, insuficiente, já que não havia mesmo uma descrição de quais seriam esses direitos e se seriam reconhecidos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que não poderia abrir mão de sua jurisdição no assunto em benefício da corte europeia.¹⁷³

Foi melhor delimitada a sua aplicação no caso *So Lange II*, de 1986, em nova decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Esse contencioso se deu em novo contexto, já com a assimilação pelo TJCE, em razão do *So Lange I*, que haveria de formar jurisprudência sobre o assunto. Nesse julgamento, ao entender que agora a corte europeia oferecia uma proteção adequada de direitos fundamentais dos cidadãos alemães, isto é, uma proteção em conformidade com os preceitos constitucionais, o Tribunal Constitucional não exerceria a sua competência, acatando as decisões comunitárias.

A passagem dessa técnica para a atuação dos tribunais internacionais ocorreu com o caso *Bosphorus* de 2005. Nesse contencioso, uma empresa turca peticionou contra a República da Irlanda inicialmente no Tribunal de Justiça da União Europeia, contestando a apreensão de aeronave que tinha alugada de outra empresa, da Iugoslávia. Essa retenção, por sua vez, decorria de sanções da ONU, tendo entendido o TJCE que fora medida cabível para cumprir essas disposições.

Insatisfeita, a empresa *Bosphorus* acionou então o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação no artigo 1º do protocolo I à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1953¹⁷⁴. Nos termos da convenção, aponta o artigo que:

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international

Journal of Constitutional Law, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/15/3/671/4582635>>. Acesso em 14 jan. 2019.

¹⁷² MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 345.

¹⁷³ LAVRANOS, Nikolaos. The So lange Method as as Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals. **International and Comparative Review**, Loyola Law School, Los Angeles, v. 30, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol30/iss3/4/>>. Acesso em 08 jan. 2019.

¹⁷⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anomim Sirketi v. Ireland**. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69564%22%5D%7D%7D>>. Acesso em 07 jan. 2019.

law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.¹⁷⁵

Para aplicar o *So Lange*, a CEDH concluiu primeiramente que a capacidade de proteção dos direitos fundamentais pelo TJCE lhe era equivalente. Nesse sentido, entendeu que, sendo a proteção aos direitos fundamentais aplicada de forma adequada, a CEDH não exerceria a sua jurisdição. Sua atuação estaria condicionada, portanto, à percepção de que, em um caso específico, não haveria uma garantia adequada aos direitos do demandante. Assim, o pedido foi rejeitado.¹⁷⁶

A base dessa técnica é a cortesia. Em conformidade com o que se tem buscado enfatizar nesse capítulo, os meios de harmonização no direito internacional acabam se voltando para uma composição voluntária de uma ou de ambas as partes. No caso dos tribunais internacionais, os conflitos de competência se tornam ainda mais emblemáticos que entre organizações especializadas pela recorrência com o que ocorrem, um reflexo não apenas da proliferação desses órgãos como também pela sua prerrogativa de declarar-se competente exclusivamente.

Os conflitos de competência entre cortes são danosos para o bom funcionamento do direito internacional. O problema não está propriamente na prática do *fórum shopping*, mas na dificuldade de aplicação ou mesmo na existência de mecanismos de prevenção do juízo entre elas. Surgem, assim, casos como os elencados no capítulo 2, onde mais de um órgão se declara competente para solucionar o problema.

É um problema típico do processo de fragmentação do direito internacional porque a esses tribunais se associa a visão típica do regime que os estabeleceram. A percepção de um tema para tribunal arbitral constituído para lidar com relações comerciais é diferente do associado a um homólogo seu voltado para questões ambientais, por exemplo. Como assevera Wagner Menezes, os julgadores utilizam-se de valores abstratos para interpretar a norma, sendo muitas vezes distintos conforme o enfoque de análise de cada corte.¹⁷⁷

O *So Lange* é, entende-se, adequado para essa realidade porque admite a existência de mais de um órgão decisório sobre um determinado tema e busca garantir que apenas um o

¹⁷⁵ COUNCIL OF EUROPE. **European Convention of Human Rights**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em 07 jan. 2018.

¹⁷⁶ LAVRANOS, Nikolaos. The So lange Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals. **International and Comparative Review**, Loyola Law School, Los Angeles, v. 30, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol30/iss3/4/>>. Acesso em 08 jan. 2019.

¹⁷⁷ MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 335.

aprecie. Não é, como o Diálogo das Fontes, uma técnica objetiva, mas sobretudo uma abordagem, uma perspectiva para trabalhar os conflitos normativos. Diferentemente desses, todavia, se volta especificamente para a atividade jurisdicional.

3.2.4 Alterações no sistema judicial internacional

Tendo em vista que a resolução de conflitos passa pela atividade jurisdicional das cortes internacionais, entende-se que alterações na atuação desses órgãos pode influenciar positivamente no trato do problema, com vistas a uma boa harmonização do ordenamento jurídico. Nesse sentido, convém analisar algumas propostas da doutrina alinhadas com esse fim.

Yuval Shany oferece considerações relevantes sobre esse assunto. Reflete, de início, se o direito internacional seria um sistema jurídico. Apesar de perceber as incoerências e a muitas vezes fraca ligação entre as normas, entende que a resposta a esse questionamento é afirmativa. Tomando essa conclusão como base para suas análises seguintes, reflete que os vários ramos do direito internacional se relacionam através do direito internacional, guardando certo grau de coerência. Não haveria um regime verdadeiramente autocontido, já que um conjunto de normas com esse formato, ao cortar seus laços com o direito internacional geral, seria independente, fora desse sistema.¹⁷⁸

Passa em seguida a refletir se as cortes e tribunais internacionais atuariam dessa forma integrada, sistêmica. Essa qualidade decorreria de uma coordenação nas práticas desses órgãos, que assevera ser extremamente pobre, gerando inconsistências nas decisões de diferentes tribunais. A conclusão nesse ponto, portanto, é negativa, apesar de pertencerem ao mesmo sistema de direito internacional. Afirma, não obstante, que um efetivo sistema jurídico não pode tolerar inconsistências, sendo a necessidade de coerência baseada em valores como a própria credibilidade do direito internacional. Assim, essa coerência precisaria ser fortalecida.¹⁷⁹

Ao final de sua obra sobre a competição entre cortes internacionais, Shany enumera algumas alterações possíveis na organização desses órgãos que reforce a sua atuação em torno da cooperação. A primeira é uma reforma com reorganização das jurisdições. Duas sugestões nesse sentido chamam a atenção. Uma é a criação de uma corte mundial de apelação dotada de jurisdição compulsória. Entende que, ao direcionar uma segunda instância idêntica a vários

¹⁷⁸ SHANY, YUVAL. **The competing jurisdictions of international Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 99-100.

¹⁷⁹ SHANY, YUVAL. **The competing jurisdictions of international Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 118.

tribunais, grande uniformidade poderia ser alcançada. Por várias das características que a particularizam, como o fato de ser a única corte permanente universal de caráter geral, além de ser o principal órgão judiciário da ONU, a Corte Internacional de Justiça seria a grande candidata a ocupar esse posto.¹⁸⁰¹⁸¹

Proposta menos radical é a de atribuir à Corte Internacional de Justiça o papel de arbitrar disputas sobre conflitos de jurisdição.¹⁸² Essa sugestão novamente acaba por enfatizar a relevância da CIJ dentre os demais órgãos de julgamento. Não obstante, não lhe é atribuída a polêmica qualidade de instância superior, mas tão somente de órgão mediador. Sofre essa ideia, todavia, de problemas semelhantes a de sua anterior. O esforço político para colocar em prática alterações tão substanciais é imenso. Não são muitos os países que aceitam a jurisdição compulsória desse tribunal. É provável que medida dessa natureza angariasse ainda menos apoio. Ademais, demandaria a construção de um novo acordo internacional, seja por emenda ao Estatuto da CIJ¹⁸³ ou pela conclusão de um novo tratado, levando a sua ratificação a um prazo indefinido (e a um plano hipotético).

Atribuir esse papel de mediador ou mesmo de jurisdição suprema em conflitos que envolvem o domínio marinho ao Tribunal Internacional do Direito do Mar também seria problemático. A própria CNUDM afasta a jurisdição do TIDM em casos onde diferentes acordos atribuam outros espaços decisórios a prerrogativa de emitir uma decisão obrigatória. Pela limitação do escopo às questões marinhas, ademais, acredita-se que o TIDM teria poucas oportunidades de exercer mediação em hipotéticos conflitos de jurisdição sobre o direito do mar em que não seja uma das cortes em conflito.

Entendo que a solução passa pelo reforço da atuação jurisdicional do Tribunal Internacional do Direito do Mar. É necessário atrair partes em conflito a decidir sua divergência nessa corte. Enfatizam alguns autores que a lógica da atuação fragmentada das cortes internacionais é mais de concorrência que de conflito. Caberia ao TIDM “competir”

¹⁸⁰ Ibidem, p. 273.

¹⁸¹ Bruno Simma também levanta reflexões nesse sentido, asseverando, no mesmo tom, a possibilidade de estabelecer à CIJ um papel de “garantidora da unidade do direito internacional”. In: SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ejil/article/20/2/265/500839>>. Acesso 14 jan. 2019. p. 286.

¹⁸² Essa possibilidade já foi inclusive sugerida por Stephen Schwebel, ex-presidente da CIJ. In: TREVES, Tulio. *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*. **Agenda Internacional**, v. 16, n. 27, p. 213-253, 2009. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/6728>>. Acesso em 15 jan. 2019.

¹⁸³ SHANY, YUVAL. **The competing jurisdictions of international Courts and Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

melhor, fortalecendo a harmonização dos conflitos em direito do mar pela simples ampliação de sua jurisprudência.

Acredito que o Tribunal do Direito do Mar não tem sido utilizado como se esperava ao momento de sua criação. Esperava-se que despontasse como o grande órgão de solução de controvérsias em direito do mar. Até agora, contudo, atuou em 23 contenciosos (alguns dos quais não chegaram ao seu fim com decisão sobre o mérito da causa ou o tribunal atuou apenas cautelarmente) e emitiu duas opiniões consultivas.¹⁸⁴ Alguns pontos explicam, a meu ver, essa atuação modesta.

O já mencionado artigo 282 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar acaba por dar certa atuação residual ao Tribunal. A despeito da importância de dispositivos capazes de prevenir conflitos de competência, me parece que estes deveriam ser efetivados por outros órgãos em prol do Tribunal do Direito do Mar, não o contrário. Vejamos a sua transcrição:

Se os Estados Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na presente Parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsia.¹⁸⁵

Uma revisão desse artigo no sentido inverso, assegurando a prioridade do procedimento da convenção face aos demais acordos teria efeito semelhante ao que o artigo 103 da Carta da ONU garante a essa organização, dando-lhe a esperada primazia. Além de reforçar a atuação do TIDM, impediria uma sobreposição de jurisdições, já que as partes já deixariam expresso o afastamento de outros órgãos de solução de controvérsias pela ratificação da Convenção sobre o Direito do Mar.

Outro artigo da Convenção que acaba por prejudicar a atuação do TIDM é o de número 287, que permite escolher outros órgãos de solução de controvérsias dentre os elencados: a Corte Internacional de Justiça e duas modalidades de tribunal arbitral. A prática demonstra que o Tribunal do Direito do Mar acaba constantemente preterido por essas outras opções. Dentre os casos analisados no capítulo 2, por exemplo, o TIDM só atuou nos casos *Mox Plant* e *Southern Bluefin Tuna* de forma cautelar, dada a opção prioritária de uma das

¹⁸⁴ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **List of Cases**. Disponível em: <<https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/>>. Acesso em 10 jan. 2019.

¹⁸⁵ **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2019.

partes por tribunal arbitral. Uma revisão também nesse aspecto, atribuindo jurisdição para tratar de assuntos relativos à convenção somente ao Tribunal Internacional do Direito do Mar seria medida válida para uniformizar o tratamento da matéria.

Uma revisão de dispositivos da CNUDM faz-se necessária para reforçar os mecanismos de coesão no tratamento de conflitos em direito do mar. Não é, novamente, tarefa fácil, demandando bastante esforço e vontade política. É, todavia, tarefa menos árdua que uma reforma no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por documento anexo à Carta da ONU. Há ainda inúmeros precedentes de revisão de tratados sobre temas específicos, como já ocorreu com as Convenções de Genebra voltadas para o Direito Humanitário.

Analisadas as formas de reforçar a harmonização entre os órgãos jurisdicionais, cumpre agora estudar um meio de fazê-lo entre as organizações internacionais. Para tanto, convém rememorar a breve exposição feita no capítulo anterior a respeito da sobreposição de competências entre OIT e OMI.

3.2.5 A formação de Grupos de Trabalho entre organizações internacionais

Bastante adequada para os fins desse trabalho é a replicação da prática adotada pela Organização Internacional de Trabalho no estabelecimento de comitês conjuntos entre organizações internacionais. Esse mecanismo, se replicado com maior frequência, tende a reforçar a coerência entre as normas oriundas do trabalho técnico desse tipo de organismo.

Ao refletir sobre esse problema, Harrison traz uma forma encontrada por OIT e OMI para resolver o conflito tratado no capítulo 2: houve uma disposição de ambas as organizações em cooperar entre si através de um comitê de trabalho.¹⁸⁶ Foi instituído em 1959¹⁸⁷ o Acordo de Relacionamento entre a Organização Marítima Internacional e a Organização Internacional do Trabalho.¹⁸⁸ O artigo 1º do documento ressalta essa sua finalidade:

The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree that, with a view to facilitating the effective attainment of the objectives set forth in the Constitution of the International Labour Organisation and the Convention of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation within the general framework established by the Charter of the United Nations, **they**

¹⁸⁶ HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 258.

¹⁸⁷ Nesse ano, a OMI ainda era denominada Organização Intergovernamental Marítima Consultiva. Todavia, de forma a tratar o tema de forma mais simples, será referida pela nomenclatura atual.

¹⁸⁸ A transcrição do acordo encontra-se no anexo B do trabalho.

will act in close co-operation with each other and will consult each other regularly in regard to matters of common interest (Grifou-se).¹⁸⁹

Reconheceram as duas organizações, portanto, a existência de interesses comuns que demandavam uma atuação conjunta para serem adequadamente tratados. As disposições que seguem no acordo reforçam esse intuito. É apontado, por exemplo, que a OIT terá representação em reuniões da assembleia, do conselho e do comitê de segurança da OMI que tratem de assuntos do seu interesse. O mesmo ocorre para a OMI nos encontros da conferência, do corpo de governo e na comissão marítima conjunta da OIT. As organizações atuarão, nesses casos, como observadoras, podendo participar das deliberações, ainda que sem direito a voto¹⁹⁰. Outra faceta dessa cooperação é a troca de informações. Conforme o artigo 4º do acordo, essa deverá ocorrer de forma célere e completa¹⁹¹. No mesmo sentido ocorre a utilização de informação estatística, visando evitar duplicidade de dados.

A mais valiosa contribuição do acordo para esse estudo se materializa na criação de comitês conjuntos. Esses grupos são estabelecidas a partir do artigo 3º do documento, sendo compostos por representantes indicados por ambas as instituições. Ao mesmo tempo, são convidados representante indicado pelas Nações Unidas, além de, conforme o interesse, outras agências especializadas do sistema onusiano. É a partir desses comitês que a cooperação é realizada de forma mais intensa e consoante com o ideal de cooperação que deve pautar a sociedade internacional.

Convém analisar o trabalho de alguns dos comitês já constituídos. Em 2005, foi realizada sessão de um grupo de trabalho conjunto entre OIT e OMI acerca do tratamento igualitário de profissionais marítimos no evento de um incidente marinho, conforme aprovado por sessão de 2004 do corpo governativo da OIT. Essa equipe foi composta por oito

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Agreement between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation**, Genebra, 1959. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/genericdocument/wcms_434538.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

¹⁹⁰ HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 260.

¹⁹¹ “Subject to such arrangements as may be necessary for the safeguarding of confidential material, the fullest and promptest exchange of information and documents shall be made between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation.” In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Agreement between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation**, Genebra, 1959. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/genericdocument/wcms_434538.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

especialistas nomeados pela OMI, bem como oito designados pela OIT. Após o final da sessão, foi concluído um *draft* de artigos submetidos ao secretariado de ambas as agências.¹⁹²

Da mesma forma ocorreu o grupo de trabalho que se debruçou sobre a raspagem de cascos de navios, agora com a participação de uma outra organização, conforme previsto no artigo 3º do acordo. Foram auxiliados no tema pelo secretariado da Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito de 1989, que busca atuar no tema da raspagem de cascos para impedir a proliferação prejudicial de resíduos dessas embarcações. Esse grupo realizou três reuniões entre 2005 e 2009, tendo promovido uma série de documentos, como a proposta de medidas provisórias a serem adotadas no interregno anterior à entrada em vigor da convenção da OMI sobre reciclagem de navios, a adoção de programas de trabalho para cada uma das três organizações sobre a mesma temática da reciclagem de navios, além de um programa global para a reciclagem sustentável de navios.¹⁹³

Visualiza-se claramente a multiplicidade de interesses na atuação desses comitês. No primeiro caso, é patente a preocupação da OIT com a integridade dos profissionais em possível situação de naufrágio, ao passo que é de extrema relevância para a OMI regular acidentes com embarcações no espaço marinho. Já no segundo caso, além da já fundamentada preocupação da Convenção da Basileia, há a evidente necessidade de regulação da raspagem de cascos de embarcações pela OMI, enquanto há na OIT uma atenção com as condições dos trabalhadores realizando essa arriscada atividade.

¹⁹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Report of the Joint ILO/IMO Ad Hoc Expert Working Group on the Fair Treatment Of Seafarers in the Event of a Maritime Accident.** Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_161478.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Joint ILO/IMO/Basel Convention Working Group on Ship Scrapping.** Disponível em: <https://www.ilo.org/sector/activities/sectoral-meetings/WCMS_161412/lang--en/index.htm>. Acesso em 26 dez. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para apresentar as considerações finais da dissertação que se conclui, decidiu-se por utilizar o seguinte formato: serão trazidos, primeiramente, os objetivos geral e específicos apresentados na introdução e estudados de forma mais pormenorizada ao longo dos três capítulos. Em seguida, serão contrapostos às hipóteses levantadas no início da pesquisa, em seu projeto de qualificação. Após, será feita uma reflexão sobre a conclusão final, se equivalente ao esperado no primeiro momento ou se diversa.

Como objetivo geral, buscou essa dissertação estudar os desafios que o processo de fragmentação do direito internacional impõe na consolidação das normas de direito do mar. Esse interesse decorreu da percepção amplamente levantada pela doutrina que esse fenômeno implica em dificuldades para o bom funcionamento do sistema.¹⁹⁴ Assim, como hipótese inicial, foi proposta a reflexão de que a fragmentação do direito internacional prejudica o direito do mar por admitir o conflito entre as normas inseridas em seu escopo de proteção. Essa possibilidade dificultaria o desenvolvimento do tema, posto que impede maior clareza sobre a postura a ser adotada diante de situações práticas.

Entende-se que a conclusão alcançada corresponde a essa percepção inicial. A fragmentação do direito internacional prejudica o *rule of law*.¹⁹⁵ Os conflitos elencados ao capítulo 2 demonstram a incerteza sobre como proceder diante dos casos práticos ocorridos, especialmente pela sobreposição de competência dos tribunais aos quais os pleitos foram levados. Suas soluções se encaminharam a uma via política, já que nenhuma parte levou o problema até as últimas consequências.

Como primeiro objetivo específico, o trabalho se propunha a analisar como se relacionam as normas de Direito Internacional Público. Como isso, se pretendia entender se o direito internacional seria um sistema unificado e coerente, conforme o pensamento doutrinário tradicional, ou se fragmentando, dividido entre incontáveis subsistemas com um

¹⁹⁴ Autores como Anne Peters apontam que a fragmentação estaria sendo superada pelo “espírito da harmonização sistêmica”, um reflexo da evolução e aplicação técnicas como as aqui propostas, de modo que os debates sobre o problema deveriam ser superados. Não obstante se admita, e congratule, com esse avanço, penso que o debate ainda é frutífero, especialmente pela abordagem que pensadores da sociologia vinculados à teoria social de Luhmann dão ao direito internacional, como mais um sistema jurídico apartado dos Estados e em processo de diferenciação, inserido no que chamam direito global. In: PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/15/3/671/4582635>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 671.

¹⁹⁵ NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo**. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 131.

ethos próprio, representando a nomenclatura clássica atualmente nada mais do que uma generalização.

A hipótese com a qual trabalhou a pesquisa era somente a de que os debates em torno do direito internacional contemporâneo asseveram especialmente a sua fragmentação. Essa noção, contudo, vinha sendo constantemente rebatida por juristas que frisam a necessidade de unidade do sistema, assentada em princípios comuns e crucial para a sua própria juridicidade. É possível perceber a dificuldade inicial em ofertar uma impressão sobre a natureza do direito internacional. Não se conseguia, nesse momento, apontar com clareza qual seria o resultado da pesquisa.

A conclusão é pela unidade do direito internacional. Por unidade não se quer dizer um conjunto de normas rígido, perfeitamente ordenado e harmônico, mas dotado de uma finalidade e origem comuns e que guarda dever de coerência. Apesar da existência de vários ramos em sua configuração, o direito internacional possui características que, se não o tornam homogêneo, asseguram o seu caráter sistêmico.

Essa conclusão pede maiores reflexões sobre a teoria da fragmentação. Não é possível assentir pela existência de uma fragmentação do direito no sentido mais técnico do fenômeno e ao mesmo tempo se vincular a uma abordagem sistêmica do direito internacional. Falar em fragmentação do direito internacional transcende uma simples classificação de ramos do direito. Haveria a formação de verdadeiros subsistemas, os regimes autocontidos, áreas com um funcionamento próprio, balizados na existência de meios particulares de solução de controvérsias.

Não se pode concordar com a existência de subsistemas de direito internacional, pois não há um funcionamento à parte dos aludidos regimes autocontidos. Nenhum regime é verdadeiramente autocontido. Há sempre uma associação entre as normas de direito internacional, pois seu fundamento de validade é o mesmo. Tendo em vista que retiram sua obrigatoriedade do mesmo plano, onde se sugere o preceito do *pacta sunt servanda*¹⁹⁶ no patamar mais superior, conforma-se, na verdade, um ordenamento jurídico de direito internacional. Essa qualidade que reforçaria o caráter sistêmico do direito internacional e a necessidade de assegurar sua coerência.

¹⁹⁶ Importante lembrar que o *pacta sunt servanda* reforça ainda a necessidade de coerência por garantir que nenhum tratado seja desobedecido. No caso de conflito entre normas, ao ser afastada a obediência de um tratado por outro, se estaria violando esse preceito. Não é pacífico o modo como o princípio responde a esses casos, contudo, se em benefício do acordo mais recente ou do mais antigo. In: BORGES, Christopher. Resolving Treaty Conflicts. **St. John's Law Scholarship Repository**, 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/122/>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 588

Acredita-se que a abordagem fragmentária não coaduna com o próprio pensamento jurídico. É percepção marcadamente de cunho sociológico, que busca transpor à ciência jurídica uma lógica de diferenciação funcional de Niklas Luhmann. Foge ao escopo desse trabalho realizar uma crítica profunda a essa teoria.¹⁹⁷ Não obstante, sem deixar de reconhecer a relevância das diversas áreas do conhecimento para o desenvolvimento do direito, se entende que a abordagem sociológica levantada prejudica o bom funcionamento do direito, especialmente porque, ao mesmo tempo em que aponta a inevitabilidade do processo de diferenciação, não oferece respostas para a solução dos conflitos. Foram adotados diversos pressupostos da doutrina positivista, seja para concordar ou para apontar sua pouca utilidade nos casos levantados, por entender que esse pensamento melhor se debruça sobre o bom funcionamento do direito.

Qual seria então a explicação para a visível especialização de normas encontrada no direito internacional? Esse processo de especialização é notório e muito tem contribuído para o desenvolvimento do direito das gentes. Muitos juristas críticos da visão fragmentária não negam essa especialização de normas, pois o problema estaria tão somente no caráter de ruptura do sistema que envolve a noção de fragmentação. A natureza dessas normas não é apartada do direito internacional em geral, consistindo tão somente em emanações de um direito internacional especializado. É classificação mais didática que teórica.

Apesar de criticar a teoria da fragmentação, me parece claro que as diferentes finalidades das normas especializadas de direito internacional prejudicam a adoção do simples afastamento de uma regra por outra. Não haveria, por exemplo, dificuldades em admitir que uma norma voltada para o direito do mar se sobreponha a outra da mesma seara. Contudo, entendo problemático que uma norma sobre comércio internacional o faça em relação ao direito do mar. Não são esses ramos a emanação de uma mesma autoridade, mas de diferentes percepções sobre como o direito deve ser aplicado ao caso concreto.

Como segundo objetivo específico, pretendia-se verificar situações de conflito entre as disposições vigentes sobre o Direito do Mar. Essa proposta teve como finalidade averiguar a dimensão desses embates, isto é, se são frequentes, se de difícil solução e, sobretudo, de que

¹⁹⁷ Boa análise dessa visão é feita por Salem Nasser em artigo sobre o Direito Global. In: NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo**. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019.

forma eles ocorrem. É parte crucial para entender como o direito do mar sofre os efeitos da fragmentação, de modo que é tratada em seguida à teorização feita sobre esse fenômeno.

A hipótese entabulada ao início da pesquisa apontava o relacionamento entre o direito do mar e os demais ramos do direito internacional. Os temas de direito do mar se relacionam com outras áreas do direito internacional, como o comércio internacional, o direito internacional ambiental e mesmo o direito internacional penal. A falta de diálogo geraria casos como o conflito de competências presenciado no *MOX Plant Case*, em que três órgãos julgadores se declararam competentes para solucionar a contenda.

As conclusões alcançadas corroboram com essa percepção. Outros casos trazidos reforçam a ampla possibilidade de conflitos: conflitos entre organizações internacionais¹⁹⁸, entre tribunais e mesmo entre diferentes níveis de proteção do espaço marinho. Entende-se que essa situação decorre da proliferação desordenada de normas, sem atenção com o bom funcionamento do sistema de direito internacional como um todo. Essa postura, por sua vez, seria uma consequência da lógica fragmentária que se passou a atribuir ao direito das gentes.

Como se posicionaria o direito do mar nesse contexto? O direito do mar não seria um regime autocontido, diferenciado do direito internacional em geral por se tratar de um assunto específico. A especificidade das normas é que justifica a solução de conflitos envolvendo o direito do mar pela lógica da harmonização, não por representarem um regime diferente. É distinção mais de peso que de pressupostos.

Foi adotada uma abordagem ampla do que seriam normas de direito do mar. Assim, normas voltadas para a atribuição de jurisdição seriam normas de direito do mar, porquanto contidas em textos regulatórios do espaço marinho, bem como por se voltar essa jurisdição para a solução de controvérsias ocorridas nesse ambiente. Da mesma forma, entendeu ser um conflito relacionado ao direito do mar o choque de competências na atuação de organizações internacionais, já que é para a boa utilização dos oceanos que se voltam os organismos em suas deliberações.

O terceiro objetivo preconizava a discussão de mecanismos capazes de contribuir com a harmonização que se defende para as normas de direito do mar. Essas técnicas possuem

¹⁹⁸ Reforça-se o problema dos conflitos entre organizações internacionais. Não obstante, há autores que consideram o problema superestimado, como Mario Prost e Paul Clark: 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*, v. 5, n. 2, 341–370, 2006. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/chnint5&div=24&id=&page=>>>. Acesso em 15 jan. 2019.

âmbito de aplicação amplo, mesmo voltado para o direito interno e adaptado ao direito internacional. Não se visualizou, portanto, um método exclusivo para o direito do mar, algo que tampouco era almejado.

A hipótese para esse terceiro objetivo entendia ser possível estabelecer premissas básicas de harmonização das normas de direito do mar através de propostas que vinculam todo o direito internacional. Nesse sentido, seria crucial o papel das cortes, especialmente do Tribunal Internacional do Direito do Mar, na resolução das antinomias ocorridas. Já era perceptível ao início da pesquisa a dificuldade de trabalhar o direito do mar de forma dissociada do todo que o direito internacional representa.

A conclusão é pelo que se chamou harmonização possível. É uma tentativa de dar coesão entre as normas que não passa por uma completa reformulação do sistema, mas pela adoção de estratégias de cooperação capazes de responder ao problema de modo a não afastar um dos valores envolvidos no conflito.¹⁹⁹ Essas medidas, por sua vez, devem ser postas em prática pelos agentes criadores de normas internacionais.

Considero problemática a utilização das chamadas técnicas clássicas de resolução de antinomias, já que não levam em consideração o conflito entre os temas que compõem o direito internacional. O próprio artigo 30 da CVDT tão somente se refere aos conflitos entre artigos sobre o mesmo assunto.²⁰⁰ Seria mecanismo adequado apenas entre normas de latente vinculação, não inseridas, portanto, no contexto dos problemas decorrentes da fragmentação. Como bem enfatiza Varela, o principal problema é aquele da coerência entre as normas relativas a setores diferentes.²⁰¹ Para os casos aos quais o trabalho se volta, o correto deve ser o reconhecimento de uma antinomia real, de modo que o julgador deve atuar com certa dose de discricionariedade em sua decisão. A defesa é que essa postura vá ao encontro da harmonização das normas, e não a opção por alguma.

Essa postura não deve ser adotada por mero idealismo, mas pelos benefícios que um sistema coerente oferta aos seus destinatários. A insegurança jurídica por si já afeta o bom

¹⁹⁹ Não há ilusões por uma coesão perfeita. Conforme lembra Joel Trachtman, “aspirations of international law towards a nirvana image of coherence needs to be tempered by recognition that even in the municipal legal system, with its gold standard of unitary legislators, courts, and executives, there is much fragmentation.” In: TRACHTMAN, Joel. **Fragmentation and Coherence in International Law**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908862>. Acesso em 15 jan. 2019.

²⁰⁰ GHOURI, Ahmad Ali. Determining Hierarchy Between Conflicting Treaties: Are There Vertical Rules in the Horizontal System? **Asian Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 235-266, 2012. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/30608336.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 249.

²⁰¹ VARELLA, M. D. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, p. 135-170, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/761>>. Acesso em 19 jan. 2019. p. 156.

funcionamento e a credibilidade do sistema. Permitir a sobreposição de um valor em detrimento de outro ampliaria o problema. Buscar o diálogo entre regimes especiais de direito é meio de compatibilizar diferentes ideais de justiça, onde, ainda que a necessidade de concessões amenize o resultado esperado.

O Diálogo das Fontes e o *So Lange* são formas bastante semelhantes de promover a compatibilização defendida. São ambas capazes de aplicar uma interpretação sistêmica, técnica que Anne Peters considera como o meio mais debatido de “desfragmentação”.²⁰² O primeiro meio, todavia, se traduz mais como uma abordagem do que técnica: deve-se considerar o sistema como um todo na realização do direito. É difícil, contudo, apontar quais as formas de efetivar esse diálogo. A resolução de uma antinomia real conforme aqui defendido poderia ser vista sob essa ótica, bem como o *So Lange* e mesmo o estabelecimento de grupos de trabalho conjuntos entre organizações internacionais. Por não ser propriamente um mecanismo, todavia, optou-se por dedicar tópicos específicos a cada uma dessas possibilidades.

Admite-se como quase utópicas as alterações estruturais sugeridas no relacionamento entre os tribunais internacionais. Enquanto o *So Lange* se pauta na simples cortesia, assegurando assim a discricionariedade das cortes sem agir dessa forma, mudanças como a primazia do Tribunal Internacional do Direito do Mar na matéria requerem um grande esforço político. Não se ignora que a existência de dezenas de órgãos judiciais²⁰³ é reflexo do interesse dos Estados na ampliação de suas opções. Apesar disso, o posicionamento é de que tal postura acaba trazendo consequências negativas ao sistema como um todo, de modo que as propostas levantadas se voltam para a harmonização ainda que em detrimento dos benefícios que a multiplicidade de cortes também oferece. No mesmo sentido, Pierre-Marie Dupuy também critica os efeitos da fragmentação no sistema de tribunais internacionais, chegando a refletir sobre um processo de integração que englobe mesmo as cortes nacionais.²⁰⁴

²⁰² PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/15/3/671/4582635>>. Acesso em 14 jan. 2019. p. 692.

²⁰³ Teubner e Fischer-Lescano trouxeram, em 2004, a existência de pelo menos 125 órgãos capazes de emitir decisões jurídicas, número que seguramente aumentou. In: FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, 2004, p. 999-1046. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908>. Acesso em 14 jan. 2019. P. 1000.

²⁰⁴ DUPUY, Pierre-Marie. The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 1-23, 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/7703>>. Acesso em 01 fev. 2019.

Formar grupos de trabalho entre organizações internacionais difere das outras medidas por se voltar para a criação de normas ao invés da solução de conflitos propriamente dita. Sua importância ao direito do mar decorre do reconhecimento que são vários os organismos com interesses relacionados no espaço marinho, ainda que não sejam para ele diretamente voltados. O caso trazido da cooperação entre OIT e OMI ilustra muito bem essa prática, mas cumpre ressaltar a sua importância na coordenação entre organizações de âmbito regional e mundial. No caso da preservação da vida marinha, por exemplo, os fluxos das espécies insinuam a necessidade de uma abordagem conjunta das instituições que regulam a pesca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York, v. 31, n. 4, 1999, p. 919-933. Disponível em: <http://www.pict-pecti.org/publications/PICT_articles/JILP/Abi_Saab.pdf>. Acesso em 29 dez. 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011
- AMARAL JR., A. O Direito Internacional entre a Ordem e a Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. v. 45, n. 177, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2DJwNGv>>. Acesso em 03 jan. 2018.
- ANDERSEN, Camilla. Defining Uniformity in Law. **Uniform Law Review**, v. 12, n. 1, p. 5-54, 2007. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/12/1/5/1652695?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em 15 jan. 2019.
- ANDERSON, David. **Modern Law of the Sea: Selected Essays**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- AUST, Anthony. **Handbook of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BATTISTELLA, Dario. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo: SENAC, 2014.
- BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. (Orgs.). **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014.
- BIALEK, Dean. Australia and New Zealand v. Japan: Southern Bluefin Tuna Case. **Melbourne Journal of International Law**, v. 1, n. 8, p. 1-9, 2000. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0010/1679410/Bialek.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.
- BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. **International Law & The Environment**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BORGEN, Christopher. Resolving Treaty Conflicts. **St. John's Law Scholarship Repository**, 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/122/>. Acesso em 15 jan. 2019.
- BOWMAN, Michael; DAVIES, Peter; REDGWELL, Catherine. **Lyster's International Wildlife Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CAPUCIO, Camilla. **A fragmentação do direito internacional: entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de

São Paulo, v. 111, p. 311-338, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133515>>. Acesso em 09 dez. 2018.

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, A. L. T. A.; FREIRE, A. L. (coords.) **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>>. Acesso em 11 dez. 2018.

CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadic tests revisited in light of the ICJ judgement on genocide in Bosnia. **The European Journal of International Law**, Florença, v. 18, n. 4, p. 649-668, 2007. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/18/4/233.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2018.

CHEN, Lung-Chu. **An Introduction to Contemporary International Law: a Policy-Oriented Perspective**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press: 2015.

COMMISSION FOR THE CONSERVATION OF SOUTHERN BLUEFIN TUNA. **Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna**. Canberra, 1993. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convention-for-the-Conservation-of-Southern-Bluefin-Tuna.pdf>>. Acesso em 24 dez. 2018.

CONFERENCE OF GENEVA OF 1949. **Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea**. Geneva, 12 august 1949. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=1D265F8D7771BCB2C12563CD0051A69F>>. Acesso 12 jan. 2019.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Case 459/03**: Commission of the European Communities vs. Ireland. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaa1cba3765644ba0bc278e17008b71df.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3mOe0?docid=57057&pageIndex=0&doclang=EN&mode=&dir=&occ=first&part=1&cid=322435>>. Acesso em 24 dez. 2018.

COSTA, J. A. F.; SOLA, F. Fragmentação do Direito Internacional e o caso da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e Organização Marítima Internacional. **Revista Nomos** (UFC). v. 30, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1202/1167>>. Acesso em 28 dez. 2018.

CRAWFORD, James. **Chance, Order, Change: The Course of International Law**. Haia: Brill, 2014.

DAL RI JR, Arno; ANDRADE, M. C. Um regime autocontido? Apontamento sobre o direito aplicável aos contenciosos no âmbito da OMC. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 1, p. 391-415, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22035>>. Acesso em 14 jan. 2019

DUPUY, P. M. A doctrinal debate in the globalization era: on the “fragmentation” of international law. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 1, 2007. Disponível em:

<https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/pdfs/Spring_Summer2007/_A_DOCTRINAL_DEBATE_IN_THE_GLOBALISATION_ERA_%20_ON_THE_%E2%80%9CFRAGMENTATION%E2%80%9D_OF_INTERNATIONAL_LAW_.pdf>. Acesso em 09 dez. 2018.

DUPUY, Pierre-Marie. The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 1-23, 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/7703>>. Acesso em 01 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Bosporus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland**. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-69564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69564%22]})>. Acesso em 07 jan. 2019.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, 2004, p. 999-1046. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873908>. Acesso em 02 jan. 2019.

GHOURI, Ahmad Ali. Determining Hierarchy Between Conflicting Treaties: Are There Vertical Rules in the Horizontal System? **Asian Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 235-266, 2012. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/30608336.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

GUILFOYLE, Douglas. **Shipping Interdiction and the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**, vol. 12, n. 125, p. 40-45, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/3311/3502>>. Acesso em 16 nov. 2018.

HAFNER, Gerhard. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 849-863, 2004. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=mjil>>. Acesso em 24 dez. 2018.

HARRISON, James. **Making the Law of the Sea: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Court**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/court>>. Acesso em 01 fev. 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Whaling in the Antarctic**: overview of the case. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/148>>. Acesso em 24 dez. 2018.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the Diversification

and Expansion of International Law. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf>. Acesso em 04 dez. 2018.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session. **Risks Ensuing from fragmentation of international law.** Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2000/english/annex.pdf&lang=EFSRAC>>. Acesso em 03 dez. 2018. p. 9-10.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Report of the Study Group on Fragmentation of International Law,** 2002. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.628>>. Acesso em 09 nov. 2018.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Report of the Study Group on Fragmentation of International law:** Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2003. Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.644>>. Acesso em 09 nov. 2018.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Summaries of the work of the International Law Commission.** Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/summaries/1_9.shtml>. Acesso em 09 nov. 2018.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Order of 3 December 2001,** provisional measures, case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/published/C10-O-3_dec_01.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019. p. 20.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request of provisional measures and statement of case submitted on behalf of Ireland,** case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_e.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request for Provisional Measures: Australia.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/request_australia_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request for Provisional Measures: New Zealand.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/request_new_zealand_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Response and Counter-request for Provisional Measures Submitted by Japan.** Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/statement_response_japan_eng.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Southern Bluefin Tuna Cases**. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/published/C34-O-27_aug_99.pdf>. Acesso em 24 dez. 2018.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **The Tribunal**. Disponível em: <<https://www.itlos.org/the-tribunal/>>. Acesso em 27 jan. 2019.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Written response of the United Kingdom**, case no. 10. Disponível em: <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/response_uk_e.pdf>. Acesso em 21 dez. 2018.

JAGOTA, S. P. Development in the Law of the Sea between 1970 and 1998: a Historical Perspective. **Journal of the History of International Law**, v. 2, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/15718050020956777>>. Acesso em 28 jan. 2018.

JENKS, C. W. **The Conflict of Law-Making Treaties**. The British Yearbook of International Law, Oxford, v. 30, p. 401-453, 1953. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint30&div=15&id=&page=>>>. Acesso em 09 nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **The Modern Law Review**, v. 70, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2rHUSrA>>. Acesso em 28 dez. 2018.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, A. L. T. A.; FREIRE, A. L. (coords.) **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em 11 dez. 2018.

KRASNER, Stephen D. Causas estruturais e consequências dos regimes internacionais. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 42, p. 93-110, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782012000200008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 09 dez. 2018.

LAVRANOS, Nikolaos. The So lange Method as as Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals. **International and Comparative Review**, Loyola Law School, Los Angeles, v. 30, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol30/iss3/4/>>. Acesso em 08 jan. 2019.

LIMA, Gabriela Garcia Batista Lima. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 215-228. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2069/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019.

LIMA, L. C. Dionisio Anzilotti. In: DAL RI, Jr., Arno; VELOSO, P. P. A. LIMA, L. C. (Orgs.) **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014.

MARQUES, C. L. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do Diálogo das Fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, p. 71-99, 2003. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/dialogo_cdc.pdf>. Acesso em 05 jan. 2019.

MEIRELES, G. F. **Trabalho, Comércio e Dignidade**: desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12842/1/2014_dis_gfmeireles.pdf>. Acesso em 03 dez. 2018.

MENEZES, Wagner (Org). **Direito Internacional Contemporâneo e seu Fundamento**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: Funag, 2014.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASSER, S. H. **Direito Global em Pedacos**: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>>. Acesso em 14 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 26 de junho de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap4/>>. Acesso em 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Montego Bay, 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 03 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia**, Washington, 1946. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/HTM-ANTIGOS/28524-50.HTM>>. Acesso em 28 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 1945. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes->

permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>. Acesso em 04 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 174, II**, de 17 de novembro de 1947, da Assembleia-Geral. Disponível em: <[http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/174\(II\)](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/174(II))>. Acesso em 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Agreement between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation**, Genebra, 1959. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/genericdocument/wcms_434538.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Joint ILO/IMO/Basel Convention Working Group on Ship Scrapping. **Disponível em:** <https://www.ilo.org/sector/activities/sectoral-meetings/WCMS_161412/lang--en/index.htm>. Acesso em 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Report of the Joint ILO/IMO Ad Hoc Expert Working Group on the Fair Treatment Of Seafarers in the Event of a Maritime Accident**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_161478.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. **Convenção sobre a Organização Marítima Internacional**. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/convencao_imo_pub_imo_jb001e.pdf>. Acesso em 26 dez. 2018.

OSPAR Commission. **Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic**, 1992. Disponível em: <https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar_convention_e_updated_text_in_2007_no_revs.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/15/3/671/4582635>>. Acesso em 14 jan. 2019.

PAULUS, Andreas. *Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation: an Attempt at a Re-appraisal. **Nordic Journal of International Law**, v. 74, n. 3, p. 297-334, 2005. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/nord/74/3-4/article-p297_2.xml>. Acesso em 15 jan. 2019.

PAUWELYN, Joost. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 903-916, 2004. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mjil/vol25/iss4/6/>>. Acesso em 09 dez. 2018.

PAUWELYN, Joost. **Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PAUWELYN, Joost. Europe, America and the “Unity” of International Law. **Duke Law School Faculty Scholarship Series**, 2006. Disponível em: <https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1042&context=duke_fs>. Acesso em 15 jan. 2019.

PAUWELYN, Joost; MICHAELS, Ralf. Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 349-376, 2012. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss3/3/>>. Acesso em 09 dez. 2018.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention**, Final Award, 2003. Disponível em: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/121>>. Acesso em 01 fev. 2019.

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**, v. 5, n. 2, 341–370, 2006. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/chnint5&div=24&id=&page=>>>. Acesso em 15 jan. 2019.

RAYNOLDS, Laura T.; MURRAY, Douglas L.; WILKINSON, John. **Fair Trade: the challenges of transforming globalization**. Abingdon: Routledge, 2007.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROSENDAL, Kristin G. Impacts of overlapping international regimes: the case of biodiversity. **Global Governance**, vol. 7, p. 95-117, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27800288?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents>. Acesso em 16 nov. 2018.

ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of Modern International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

SALAMA, Randa. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes. **Maritime Law Association of Australia and New Zealand**. Sydney, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.492.9218&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 28 dez. 2018.

SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline. **Principles of International Environmental Law**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, **Yale Human Rights and Development Journal**, v. 1, ed. 1, p. 85-106, 1998. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/>>. Acesso em 15 jan. 2019.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained regimes in International Law. **The European Journal of International Law**, Florença, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2016. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/3/202.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2018.

SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ejil/article/20/2/265/500839>>. Acesso 14 jan. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2014.

TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TREVES, Tullio. Conflicts between the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. **International Law and Politics**, v. 31, p. 809-821, 1999. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Treves.pdf>. Acesso em 27 dez. 2018.

TREVES, Tulio. Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective. **Agenda Internacional**, v. 16, n. 27, p. 213-253, 2009. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/6728>>. Acesso em 15 jan. 2019.

THRASTARSON, Klemens Ólafur. The Mox Plant Case and why it went for various International Courts. **Academia.edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/5836944/The_Mox_Plant_Case_and_Why_it_Went_for_Various_International_Courts>. Acesso em 21 dez. 2018.

TRACHTMAN, Joel. **Fragmentation and Coherence in International Law**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908862>. Acesso em 15 jan. 2019.

VARELLA, M. D. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, p. 135-170, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/761>>. Acesso em 19 jan. 2019.

VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da Unidade à Fragmentação do Direito Internacional: o Caso *Mox Plant*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 54, p. 119-140, 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/95/89>>. Acesso em 20 dez. 2018.

VRANES, Erich. The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory. **European Journal of International Law**, v. 17, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/2/80.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAEVER, Ole. Securitization and Desecuritization. In: LIPSCHUTZ, Ronnie D. (Org.). **On Security**. New York: Columbia University Press, 1995.

YOUNG, Margareth (Ed.). **Regime Interaction in International Law**: Facing Fragmentation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZANELLA, Tiago V. **Manual de Direito do Mar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ANEXO A – RELATÓRIO CONCLUSIVO DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law:
Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law

1. General

(1) International law as a legal system. International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.

(2) In applying international law, it is often necessary to determine the precise relationship between two or more rules and principles that are both valid and applicable in respect of a situation.²⁰⁵ For that purpose the relevant relationships fall into two general types:

Relationships of interpretation. This is the case where one norm assists in the interpretation of another. A norm may assist in the interpretation of another norm for example as an application, clarification, updating, or modification of the latter. In such situation, both norms are applied in conjunction.

Relationships of conflict. This is the case where two norms that are both valid and applicable point to incompatible decisions so that a choice must be made between them. The basic rules concerning the resolution of normative conflicts are to be found in the VCLT.

(3) The VCLT. When seeking to determine the relationship of two or more norms to each other, the norms should be interpreted in accordance with or analogously to the VCLT and especially the provisions in its articles 31-33 having to do with the interpretation of treaties.

(4) The principle of harmonization. It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations.

2. The maxim *lex specialis derogat legi generali*

²⁰⁵ That two norms are valid in regard to a situation means that they each cover the facts of which the situation consists. That two norms are applicable in a situation means that they have binding force in respect to the legal subjects finding themselves in the relevant situation

(5) General principle. The maxim *lex specialis derogat legi generali* is a generally accepted technique of interpretation and conflict resolution in international law. It suggests that whenever two or more norms deal with the same subject matter, priority should be given to the norm that is more specific. The principle may be applicable in several contexts: between provisions within a single treaty, between provisions within two or more treaties, between a treaty and a non-treaty standard, as well as between two non-treaty standards.²⁰⁶ The source of the norm (whether treaty, custom or general principle of law) is not decisive for the determination of the more specific standard. However, in practice treaties often act as *lex specialis* by reference to the relevant customary law and general principles.²⁰⁷

(6) Contextual appreciation. The relationship between the *lex specialis* maxim and other norms of interpretation or conflict solution cannot be determined in a general way. Which consideration should be predominant - i.e. whether it is the speciality or the time of emergence of the norm - should be decided contextually.

(7) Rationale of the principle. That special law has priority over general law is justified by the fact that such special law, being more concrete, often takes better account of the particular features of the context in which it is to be applied than any applicable general law. Its application may also often create a more equitable result and it may often better reflect the intent of the legal subjects.

(8) Functions of *lex specialis*. Most of international law is dispositive. This means that special law may be used to apply, clarify, update or modify as well as set aside general law.

²⁰⁶ For application in relation to provisions within a single treaty, see *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979) p. 141, paras. 36, 38 and 39; *Case C-96/00, Rudolf Gabriel*, Judgment of 11 July 2002, ECR (2002) I-06367, pp. 6398-6399, paras. 35-36 and p. 6404, para. 59; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1993, ECHR Series A (1993) No. 258, p. 57, para. 76; *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, ECHR Series A (1984) No. 77, p. 27, para. 60; *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, ECHR Series A (1994) No. 300, p. 37, para. 98 and *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p. 25, para. 69. For application between different instruments, see *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924) p. 31. For application between a treaty and non-treaty standards, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol. 8, 1985- I, p. 378. For application between particular and general custom, see *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits)* I.C.J. Reports 1960, p. 6 at p. 44. The Court said: "Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules."

²⁰⁷ In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)* I.C.J. Reports 1986, p. 14 at p. 137, para. 274, the Court said: "In general, treaty rules being *lex specialis*, it would not be appropriate that a State should bring a claim based on a customary-law rule if it has by treaty already provided means for settlement of a such a claim."

(9) The effect of *lex specialis* on general law. The application of the special law does not normally extinguish the relevant general law.²⁰⁸ That general law will remain valid and applicable and will, in accordance with the principle of harmonization under conclusion (4) above, continue to give direction for the interpretation and application of the relevant special law and will become fully applicable in situations not provided for by the latter.²⁰⁹

(10) Particular types of general law. Certain types of general law²¹⁰ may not, however, be derogated from by special law. *Jus cogens* is expressly non-derogable as set out in conclusions (32), (33), (40) and (41), below.²¹¹ Moreover, there are other considerations that may provide a reason for concluding that a general law would prevail in which case the *lex specialis* presumption may not apply. These include the following:

Whether such prevalence may be inferred from the form or the nature of the general law or intent of the parties, wherever applicable;

Whether the application of the special law might frustrate the purpose of the general law; x

Whether third party beneficiaries may be negatively affected by the special law; and

Whether the balance of rights and obligations, established in the general law would be negatively affected by the special law.

3. Special (self-contained) regimes

(11) Special (“self-contained”) regimes as *lex specialis*. A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.

²⁰⁸ Thus, in the Nicaragua case, *ibid.* p. 14 at p. 95 para. 179 the Court noted: “It will ... be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content.”

²⁰⁹ In the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 240, para. 25, the Court described the relationship between human rights law and the laws of armed conflict in the following way: “... the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of article 4 of the Covenant ... The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself”

²¹⁰ There is no accepted definition of “general international law”. For the purposes of these conclusions, however, it is sufficient to define what is “general” by reference to its logical counterpart, namely what is “special”. In practice, lawyers are usually able to operate this distinction by reference to the context in which it appears.

²¹¹ In the Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention, (Ireland v. United Kingdom) (Final Award, 2 July 2003) ILR vol. 126 (2005) p. 364, para. 84, the tribunal observed: “[e]ven then, [the OSPAR Convention] must defer to the relevant *jus cogens* with which the parties’ *lex specialis* may be inconsistent.”

(12) Three types of special regime may be distinguished:

Sometimes violation of a particular group of (primary) rules is accompanied by a special set of (secondary) rules concerning breach and reactions to breach. This is the main case provided for under article 55 of the articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts.²¹²

Sometimes, however, a special regime is formed by a set of special rules, including rights and obligations, relating to a special subject matter. Such rules may concern a geographical area (e.g. a treaty on the protection of a particular river) or some substantive matter (e.g. a treaty on the regulation of the uses of a particular weapon). Such a special regime may emerge on the basis of a single treaty, several treaties, or treaty and treaties plus non-treaty developments (subsequent practice or customary law).²¹³

Finally, sometimes all the rules and principles that regulate a certain problem area are collected together so as to express a “special regime”. Expressions such as “law of the sea”, “humanitarian law”, “human rights law”, “environmental law” and “trade law”, etc. give expression to some such regimes. For interpretative purposes, such regimes may often be considered in their entirety.

(13) Effect of the “speciality” of a regime. The significance of a special regime often lies in the way its norms express a unified object and purpose. Thus, their interpretation and application should, to the extent possible, reflect that object and purpose.

(14) The relationship between special regimes and general international law. A special regime may prevail over general law under the same conditions as *lex specialis* generally (see conclusions (8) and (10) above).

(15) The role of general law in special regimes: Gap-filling. The scope of special laws is by definition narrower than that of general laws. It will thus frequently be the case that a matter

²¹² Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), para. 76. In the Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports 1980 at p. 40, para. 86, the Court said: “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 of the receiving States to counter any such abuse.”

²¹³ See Case of the S.S. “Wimbledon”, P.C.I.J. Series A, No. 1 (1923) pp. 23-4, noting that the provisions on the Kiel Canal in the Treaty of Versailles of 1919: “... differ on more than one point from those to which other internal navigable waterways of the [German] Empire are subjected ... the Kiel Canal is open to the war vessels and transit traffic of all nations at peace with Germany, whereas free access to the other German navigable waterways ... is limited to the Allied and Associated Powers alone ... The provisions of the Kiel Canal are therefore self-contained”.

not regulated by special law will arise in the institutions charged to administer it. In such cases, the relevant general law will apply.²¹⁴

(16) The role of general law in special regimes: Failure of special regimes. Special regimes or the institutions set up by them may fail. Failure might be inferred when the special laws have no reasonable prospect of appropriately addressing the objectives for which they were enacted. It could be manifested, for example, by the failure of the regime's institutions to fulfil the purposes allotted to them, persistent non-compliance by one or several of the parties, desuetude, withdrawal by parties instrumental for the regime, among other causes. Whether a regime has "failed" in this sense, however, would have to be assessed above all by an interpretation of its constitutional instruments. In the event of failure, the relevant general law becomes applicable.

4. Article 31 (3) (c) VCLT

(17) Systemic integration. Article 31 (3) (c) VCLT provides one means within the framework of the VCLT, through which relationships of interpretation (referred to in conclusion (2) above) may be applied. It requires the interpreter of a treaty to take into account "any relevant rules of international law applicable in relations between the parties". The article gives expression to the objective of "systemic integration" according to which, whatever their subject matter, treaties are a creation of the international legal system and their operation is predicated upon that fact.

(18) Interpretation as integration in the system. Systemic integration governs all treaty interpretation, the other relevant aspects of which are set out in the other paragraphs of

²¹⁴ Thus, in *Bankovic v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351, para. 57, the European Court of Human Rights canvassed the relationship between the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and general international law as follows: "the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part". Similarly in *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, para. 7.96, the Appellate Body of the WTO noted the relationship between the WTO Covered agreements and general international law as follows: "We take note that Article 3 (2) of the DSU requires that we seek within the context of a particular dispute to clarify the existing provisions of the WTO agreements in accordance with customary international law rules of interpretation of public international law. However, the relationship of the WTO agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between WTO members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not 'contract out' from it. To put it another way, to the extent that there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that applies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO."

articles 31-32 VCLT. These paragraphs describe a process of legal reasoning, in which particular elements will have greater or less relevance depending upon the nature of the treaty provisions in the context of interpretation. In many cases, the issue of interpretation will be capable of resolution with the framework of the treaty itself. Article 31 (3) (c) deals with the case where material sources external to the treaty are relevant in its interpretation. These may include other treaties, customary rules or general principles of law.²¹⁵

(19) Application of systemic integration. Where a treaty functions in the context of other agreements, the objective of systemic integration will apply as a presumption with both positive and negative aspects:

(a) The parties are taken to refer to customary international law and general principles of law for all questions which the treaty does not itself resolve in express terms²¹⁶;

(b) In entering into treaty obligations, the parties do not intend to act inconsistently with generally recognized principles of international law.²¹⁷

Of course, if any other result is indicated by ordinary methods of treaty interpretation that should be given effect, unless the relevant principle were part of *jus cogens*.

(20) Application of custom and general principles of law. Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31 (3) (c) especially where:

(a) The treaty rule is unclear or open-textured;

(b) The terms used in the treaty have a recognized meaning in customary international law or under general principles of law;

²¹⁵ In the *Oil Platforms* case (*Iran v. United States of America*) (Merits) I.C.J. Reports 2003, at para. 41, the Court spoke of the relations between a bilateral treaty and general international law by reference to article 31 (3) (c) as follows: “Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’ (Article 31, paragraph 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law ... The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by ... the 1955 Treaty.”

²¹⁶ *Georges Pinson* case (*France v. United Mexican States*) Award of 13 April 1928, UNRIIAA, vol. V, p. 422. It was noted that parties are taken to refer to general principles of international law for questions which the treaty does not itself resolve in express terms or in a different way.

²¹⁷ In the *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory* (*Portugal v. India*) (Preliminary Objections) I.C.J. Reports 1957, p. 125 at p. 142, the Court stated: “It is a rule of interpretation that a text emanating from a government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it.”

(c) The treaty is silent on the applicable law and it is necessary for the interpreter, applying the presumption in conclusion (19) (a) above, to look for rules developed in another part of international law to resolve the point.

(21) Application of other treaty rules. Article 31 (3) (c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.

(22) Inter-temporality. International law is a dynamic legal system. A treaty may convey whether in applying article 31 (3) (c) the interpreter should refer only to rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty or may also take into account subsequent changes in the law. Moreover, the meaning of a treaty provision may also be affected by subsequent developments, especially where there are subsequent developments in customary law and general principles of law.²¹⁸

(23) Open or evolving concepts. Rules of international law subsequent to the treaty to be interpreted may be taken into account especially where the concepts used in the treaty are open or evolving. This is the case, in particular, where: (a) the concept is one which implies taking into account subsequent technical, economic or legal developments²¹⁹; (b) the concept

²¹⁸ The traditional rule was stated by Judge Huber in the *Island of Palmas* case (the Netherlands v. United States of America) Award of 4 April 1928, UNRIIAA, vol. II, p. 829, at p. 845, in the context of territorial claims: "... a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled ... The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words, its continued manifestations, shall follow the conditions required by the evolution of law".

²¹⁹ In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia) I.C.J. Reports 1997, p. 7 at pp. 67-68, para. 112, the Court observed: "By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan." In the *Arbitration regarding the Iron Rhine (IJZEREN RIJN) Railway* (Belgium v. Netherlands) of 24 May 2005, a conceptual or generic term was not in issue but a new technical development relating to the operation and capacity of a railway. Evolutive interpretation was used to ensure the effective application of the treaty in terms of its object and purpose. The Tribunal observed in paragraphs 82 and 83: "The object and purpose of the 1839 Treaty of Separation was to resolve the many difficult problems complicating a stable separation of Belgium and the Netherlands: that of Article XII was to provide for transport links from Belgium to Germany, across a route designated by the 1842 Boundary Treaty. This object was not for a fixed duration and its purpose was 'commercial communication'. It necessarily follows, even in the absence of specific wording, that such works, going beyond restoration to previous functionality, as might from time to time be necessary or desirable for contemporary commerciality, would remain a concomitant of the right of transit that Belgium would be able to request. That being so, the entirety of Article XII, with its careful balance of the rights and obligations of the Parties, remains in principle applicable to the adaptation and

sets up an obligation for further progressive development for the parties; or (c) the concept has a very general nature or is expressed in such general terms that it must take into account changing circumstances.²²⁰

5. Conflicts between successive norms

(24) *Lex posterior derogat legi priori*. According to article 30 VCLT, when all the parties to a treaty are also parties to an earlier treaty on the same subject, and the earlier treaty is not suspended or terminated, then it applies only to the extent its provisions are compatible with those of the later treaty. This is an expression of the principle according to which “later law supersedes earlier law”.

(25) Limits of the “*lex posterior*” principle. The applicability of the *lex posterior* principle is, however, limited. It cannot, for example, be automatically extended to the case where the parties to the subsequent treaty are not identical to the parties of the earlier treaty. In such cases, as provided in article 30 (4) VCLT, the State that is party to two incompatible treaties is bound *vis-à-vis* both of its treaty parties separately. In case it cannot fulfil its obligations under both treaties, it risks being responsible for the breach of one of them unless the concerned parties agree otherwise. In such case, also article 60 VCLT may become applicable. The question which of the incompatible treaties should be implemented and the breach of which should attract State responsibility cannot be answered by a general rule.²²¹ Conclusions (26)-(27) below lay out considerations that might then be taken into account.

modernisation requested by Belgium”, Text of award available on ><http://www.pcacpa.org>>. (last visited on 14 July 2006).

²²⁰ See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 at p. 31, para. 53. The Court said that the concept of “sacred trust” was by definition evolutionary. “The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted [it] as such. That it is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half a century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary international law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of interpretation.” In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* I.C.J. Reports 1997, pp. 76- 80, paras. 132-147, the ICJ noted that: “[T]he Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them ... [in] ... the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan ...”.

²²¹ There is not much case-law on conflicts between successive norms. However, the situation of a treaty conflict arose in *Slivenko and others v. Latvia* (Decision as to the admissibility of 23 January 2002) ECHR 2002-II, pp. 482 483, paras. 60-61, in which the European Court of Human Rights held that a prior bilateral treaty between Latvia and Russia could not be invoked to limit the application of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: “It follows from the text of Article 57 (1) of the [European Convention on Human Rights], read in conjunction with Article 1, that ratification of the Convention by a State presupposes that any

(26) The distinction between treaty provisions that belong to the same “regime” and provisions in different “regimes”. The *lex posterior* principle is at its strongest in regard to conflicting or overlapping provisions that are part of treaties that are institutionally linked or otherwise intended to advance similar objectives (i.e. form part of the same regime). In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization. However, the substantive rights of treaty parties or third party beneficiaries should not be undermined.

(27) Particular types of treaties or treaty provisions. The *lex posterior* presumption may not apply where the parties have intended otherwise, which may be inferred from the nature of the provisions or the relevant instruments, or from their object and purpose. The limitations that apply in respect of the *lex specialis* presumption in conclusion (10) may also be relevant with respect to the *lex posterior*.

(28) Settlement of disputes within and across regimes. Disputes between States involving conflicting treaty provisions should be normally resolved by negotiation between parties to the relevant treaties. However, when no negotiated solution is available, recourse ought to be had, where appropriate, to other available means of dispute settlement. When the conflict concerns provisions within a single regime (as defined in conclusion (26) above), then its resolution may be appropriate in the regime-specific mechanism. However, when the conflict concerns provisions in treaties that are not part of the same regime, special attention should be given to the independence of the means of settlement chosen.

(29) *Inter se* agreements. The case of agreements to modify multilateral treaties by certain of the parties only (*inter se* agreements) is covered by article 41 VCLT. Such agreements are an often used technique for the more effective implementation of the original treaty between a limited number of treaty parties that are willing to take more effective or more far-reaching measures for the realization of the object and purpose of the original treaty. *Inter se* agreements may be concluded if this is provided for by the original treaty or it is not specifically prohibited and the agreement: “(i) does not affect the enjoyment by the other

law then in force in its territory should be in conformity with the Convention ... In the Court’s opinion, the same principles must apply as regards any provisions of international treaties which a Contracting State has concluded prior to the ratification of the Convention and which might be at variance with certain of its provisions.”

parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” (article 41 (1) (b) VCLT).

(30) Conflict clauses. When States enter into a treaty that might conflict with other treaties, they should aim to settle the relationship between such treaties by adopting appropriate conflict clauses. When adopting such clauses, it should be borne in mind that: (a) They may not affect the rights of third parties; (b) They should be as clear and specific as possible. In particular, they should be directed to specific provisions of the treaty and they should not undermine the object and purpose of the treaty; (c) They should, as appropriate, be linked with means of dispute settlement.

6. Hierarchy in international law: Jus cogens, Obligations erga omnes, Article 103 of the Charter of the United Nations

(31) Hierarchical relations between norms of international law. The main sources of international law (treaties, custom, general principles of law as laid out in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice) are not in a hierarchical relationship *inter se*.²²² Drawing analogies from the hierarchical nature of domestic legal system is not generally appropriate owing to the differences between the two systems. Nevertheless, some rules of international law are more important than other rules and for this reason enjoy a superior position or special status in the international legal system. This is sometimes expressed by the designation of some norms as “fundamental” or as expressive of “elementary considerations of humanity”²²³ or “intransgressible principles of international law”.²²⁴ What effect such designations may have is usually determined by the relevant context or instrument in which that designation appears.

(32) Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: Jus cogens. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (jus cogens, Article 53 VCLT), that is, norms “accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted”.²²⁵

²²² In addition, Article 38 (d) mentions “judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

²²³ Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania) I.C.J. Reports 1949, p. 22.

²²⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 79.

²²⁵ Article 53 VCLT: A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general

(33) The content of jus cogens. The most frequently cited examples of jus cogens norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination.²²⁶ Also other rules may have a jus cogens character inasmuch as they are accepted and recognized by the international community of States as a whole as norms from which no derogation is permitted.

(34) Recognized hierarchical relations by virtue of a treaty provision: Article 103 of the Charter of the United Nations. A rule of international law may also be superior to other rules by virtue of a treaty provision. This is the case of Article 103 of the United Nations Charter by virtue of which “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the ... Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the ... Charter shall prevail.”

(35) The scope of Article 103 of the Charter. The scope of Article 103 extends not only to the Articles of the Charter but also to binding decisions made by United Nations organs such as the Security Council.²²⁷ Given the character of some Charter provisions, the constitutional character of the Charter and the established practice of States and United Nations organs, Charter obligations may also prevail over inconsistent customary international law.

(36) The status of the United Nations Charter. It is also recognized that the United Nations Charter itself enjoys special character owing to the fundamental nature of some of its norms, particularly its principles and purposes and its universal acceptance.²²⁸

(37) Rules specifying obligations owed to the international community as a whole: Obligations erga omnes. Some obligations enjoy a special status owing to the universal scope of their applicability. This is the case of obligations erga omnes, that is obligations of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States

international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

²²⁶ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10), commentary to article 40 of the draft articles on State Responsibility, paras. (4)-(6). See also commentary to article 26, para. (5). See also Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) I.C.J. Reports 2006, para. 64.

²²⁷ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1998, para. 42 and Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1992, paras. 39-40.

²²⁸ See Article 2 (6) of the Charter of the United Nations.

can be held to have a legal interest in the protection of the rights involved.²²⁹ Every State may invoke the responsibility of the State violating such obligations.²³⁰

(38) The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes. It is recognized that while all obligations established by jus cogens norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of erga omnes obligations, the reverse is not necessarily true.²³¹ Not all erga omnes obligations are established by peremptory norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under “the principles and rules concerning the basic rights of the human person”,²³² as well as of some obligations relating to the global commons.²³³

(39) Different approaches to the concept of obligations erga omnes. The concept of erga omnes obligations has also been used to refer to treaty obligations that a State owes to all

²²⁹ In the words of the International Court of Justice: “... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970, p. 3 at p. 32, para. 33. Or, in accordance with the definition, by the Institut de droit international, an obligation erga omnes is “[a]n obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action”. Institut de droit international, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, Krakow Session, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), article 1.

²³⁰ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10), articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 48 (1) (b). This would include common article 1 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, and the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, all of 12 August 1949.

²³¹ According to the International Court of Justice “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law ... others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970, p. 3 at p. 32, para. 34. See also Case concerning East Timor (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995, p. 90 at p. 102, para. 29. See also Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, paras. 155 and 159 (including as erga omnes obligations “certain ... obligations under international humanitarian law” as well as the right of self-determination). For the prohibition of genocide as an erga omnes obligation, see Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595 at para. 31, and Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda) I.C.J. Reports 2006, at para. 64. In the Furundzija case, torture was defined as both a peremptory norm and an obligation erga omnes, see Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, ILR, vol. 121 (2002), p. 260, para. 151.

²³² Barcelona Traction case, *ibid.*

²³³ The obligations are illustrated by article 1 of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, United Nations, Treaty Series, vol. 610, p. 205 and article 136 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, Treaty Series, vol. 1834, p. 396.

other States parties (obligations erga omnes partes)²³⁴ or to non-party States as third party beneficiaries. In addition, issues of territorial status have frequently been addressed in erga omnes terms, referring to their opposability to all States.²³⁵ Thus, boundary and territorial treaties have been stated to “represent[] a legal reality which necessarily impinges upon third States, because they have effect erga omnes”.²³⁶

(40) The relationship between jus cogens and the obligations under the United Nations Charter. The United Nations Charter has been universally accepted by States and thus a conflict between jus cogens norms and Charter obligations is difficult to contemplate. In any case, according to Article 24 (2) of the Charter, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations which include norms that have been subsequently treated as jus cogens.

(41) The operation and effect of jus cogens norms and Article 103 of the Charter: (a) A rule conflicting with a norm of jus cogens becomes thereby ipso facto void; (b) A rule conflicting with Article 103 of the United Nations Charter becomes inapplicable as a result of such conflict and to the extent of such conflict.

(42) Hierarchy and the principle of harmonization. Conflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization, as laid out in conclusion (4) above. In the case of conflict between one of the hierarchically superior norms referred to in this section and another norm of international law, the latter should, to the extent possible, be interpreted in a manner consistent with the former. In case this is not possible, the superior norm will prevail.

²³⁴ Institut de droit international, “Obligations Erga Omnes in International Law”, Krakow Session, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), article 1 (b).

²³⁵ “In my view, when a title to an area of maritime jurisdiction exists - be it to a continental shelf or (arguendo) to a fishery zone - it exists erga omnes, i.e. is opposable to all States under international law”, Separate Opinion of Judge Oda, Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38 at p. 100, para. 40. See likewise, Separate Opinion by Judge De Castro, in Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 at p. 165: “... a legal status - like the iura in re with which it is sometimes confused - is effective inter omnes and erga omnes”. See also Dissenting Opinion by Judge Skubiszewski, in Case concerning East Timor (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995, p. 90 at p. 248, paras. 78-79.

²³⁶ Government of the State of Eritrea v. the Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute), Arbitration Tribunal, 9 October 1998, ILR, vol. 114 (1999), p. 1 at p. 48, para. 153.

**ANEXO B – ACORDO ENTRE A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
TRABALHO E A ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL**

**AGREEMENT BETWEEN THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION AND
THE INTERGOVERNMENTAL MARITIME CONSULTATIVE ORGANISATION**

A proposed Agreement between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation was established following the signing, on 6 March 1948, of the Convention concerning the creation of I.M.C.O. The Agreement, article XI of which provides that it shall enter into force upon its approval by the Governing Body of the I.L.O. and by the I.M.C.O. Assembly, was approved by the Governing Body of the I.L.O. at its 107th Session in December 1948.

The number of ratifications required for the entry into force of the Convention establishing I.M.C.O. was obtained on 17 March 1958 and the first session of the Assembly was held in London in January 1959. The Agreement was unanimously approved by the Assembly on 16 January 1959 and consequently, in accordance with article XI, it entered into force on that date. The text of the Agreement is reproduced below :

**AGREEMENT BETWEEN THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION
AND THE INTERGOVERNMENTAL MARITIME CONSULTATIVE ORGANISATION**

Whereas the Constitution of the International Labour Organisation provides that the International Labour Organisation shall co-operate within the terms thereof with public international organisations having specialised responsibilities in related fields; and

Whereas the Convention of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation provides that the Organisation shall co-operate with any specialised agency of the United Nations in matters which may be the common concern of the Organisation and of such specialised agency, and shall consider such matters and act with respect to them in accord with such specialised agency;

The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree as follows:

Article I

Co-operation and Consultation

The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree that, with a view to facilitating the effective attainment of the objectives set forth in the Constitution of the International Labour Organisation and the Convention of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation within the general framework established by the Charter of the United Nations, they will act in close co-operation with each other and will consult each other regularly in regard to matters of common interest.

Article II

Reciprocal Representation

1. Representatives of the International Labour Organisation shall be invited to attend the meetings of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation Assembly and to participate without vote in the deliberations of the Assembly and of its commissions and committees with respect to items on their agenda in which the International Labour Organisation has an interest.

2. Representatives of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation shall be invited to attend the meetings of the International Labour Conference and to participate without vote in the deliberations of the Conference and of its committees with respect to items on their agenda in which the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation has an interest.

3. Representatives of the International Labour Organisation shall be invited to attend the meetings of the Council of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation and the Maritime Safety Committee and to participate without vote in the deliberations thereof with respect to items on their agenda in which the International Labour Organisation has an interest.

4. Representatives of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation shall be invited to attend meetings of the Governing Body of the International Labour Office and of the Joint Maritime Commission and to participate without vote in the deliberations thereof with respect to items on their agenda in which the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation has an interest.

5. Appropriate arrangements shall be made by agreement from time to time for the reciprocal representation of the International Labour Organisation and the Intergovernmental

Maritime Consultative Organisation at other meetings convened under their respective auspices which consider matters in which the other organisation has an interest.

Article III

I.L. O.-Z.M.C. O. Joint Committees

1. The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation may refer to a joint committee any question of common interest which it may appear desirable to refer to such a committee.

2. Any such joint committee shall consist of representatives appointed by each organisation, the number to be appointed by each being decided by agreement between the two organisations.

3. The United Nations shall be invited to designate a representative to attend the meetings of any such joint committee; the committee may also invite other specialised agencies to be represented at its meetings as may be found desirable.

4. The reports of any such joint committee shall be communicated to the Director General of the International Labour Office and the Secretary-General of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation for submission to the appropriate body or bodies of the two organisations; a copy of the reports of the committee shall be communicated to the Secretary-General of the United Nations for the information of the Economic and Social Council.

5. Any such joint committee shall regulate its own procedure.

Article IV

Exchange of Information and Documents

1. Subject to such arrangements as may be necessary for the safeguarding of confidential material, the fullest and promptest exchange of information and documents shall be made between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation.

2. The Director-General of the International Labour Office and the Secretary-General of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation, or their authorised representatives, shall, upon the request of either party, consult with each other regarding the provision by either organisation of such information as may be of interest to the other.

Article V

Personnel Arrangements

The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree that the measures to be taken by them, within the framework of the general arrangements for co-operation in regard to staff personnel to be made by the United Nations, will include:

- (a) measures to avoid competition in the recruitment of their personnel; and
- (b) measures to facilitate interchange of personnel on a temporary or permanent basis, in appropriate cases, in order to obtain the maximum benefit from their services, making due provision for the retention of seniority and pension rights.

Article VI

Statistical Services

1. The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree to strive, within the framework of the general arrangements for statistical co-operation made by the United Nations, for maximum co-operation with a view to the most efficient use of their technical personnel in their respective collection, analysis, publication, standardisation, improvement and dissemination of statistical information. They recognise the desirability of avoiding duplication in the collection of statistical information whenever it is practicable for either of them to utilise information or materials which the other may have available or may be specially qualified and prepared to collect, and agree to combine their efforts to secure the greatest possible usefulness and utilisation of statistical information and to minimise the burdens placed upon national governments and other organisations from which such information may be collected.

2. The International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation agree to keep one another informed of their work in the field of statistics and to consult each other in regard to all statistical projects dealing with matters of common interest.

Article VII

Financing of Special Services

If compliance with a request for assistance made by either organisation to the other would involve substantial expenditure for the organisation complying with the request, consultation shall take place with a view to determining the most equitable manner of meeting such expenditure.

Article VIII

Implementation of the Agreement

1. The Director-General of the International Labour Office and the Secretary-General of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation may enter into such supplementary arrangements for the implementation of this Agreement as may be found desirable in the light of the operating experience of the two organisations.

2. The liaison arrangements provided for in the foregoing articles of this Agreement shall apply as far as appropriate to the relations between such branch or regional offices as may be established by the two organisations as well as between their central machinery.

Article IX

Notification to and Registration by the United Nations

1. In accordance with their respective agreements with the United Nations, the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation will inform the Economic and Social Council forthwith of the terms of the present Agreement.

2. On the coming into force of the present Agreement in accordance with the provisions of article XI it will be communicated to the Secretary-General of the United Nations for filing and recording in pursuance of article 10 of the Regulations to give effect to article 102 of the Charter of the United Nations adopted by the General Assembly of the United Nations on 14 December 1946.

Article X

Revision and Termination

1. This Agreement shall be subject to revision by agreement between the International Labour Organisation and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation.

2. The Agreement may be terminated by either party on 31 December of any year by notice given to the other party not later than 30 September of that year.

Article XI

Entry into Force

This Agreement shall come into force on its approval by the Governing Body of the International Labour Office and the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation Assembly.

IN WITNESS WHEREOF, the Director-General of the International Labour Office and the Secretary-General of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation have affixed their signatures to two authentic texts of the Agreement, the texts in English and French being equally authoritative.

(Signed) David A. MORSE. (Signed) Gve NIELSEN